



# DELIBERACIÓN



3<sup>ª</sup> Jornadas de  
Tarazona

Despido y prueba ilícita

Reunión de la Comisión Permanente

Carta al Presidente del Consejo  
sobre las retribuciones variables

El libre desarrollo de la personalidad

Indefensión telemática y prueba  
digital en el proceso laboral

---

# DELIBERACION

nº 14 / 2020



Asociación  
Profesional  
de la  
Magistratura

TELF. 91 319 49 62

FAX 91 319 97 45

Web: [www.apmnacional.es](http://www.apmnacional.es)

E-mail: [apm@apmnacional.e.telefonica.net](mailto:apm@apmnacional.e.telefonica.net)

C/. PLAZA DE LAS SALESAS Nº 3  
28004 MADRID

**Presidenta:** María Jesús del Barco

**Consejo de Redacción:** Dimitry Berberoff, Juan José Carbonero, Ignacio Picatoste, María José Rivas, Ignacio Picatoste, Javier Martínez Marfil, María Eugenia Alegret. María Luaces, Ignacio Vilaplana, Alejandro González Mariscal de Gante y Concepción Jerez.

**Edita:** Asociación Profesional de la Magistratura.

**Diseño / Maquetación:** Tible Technologies S.L. ([tibletech.com](http://tibletech.com))

**Depósito legal:** A-647-2004 ISSN: 1887-5874.

*Se permite la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación siempre que se indique su procedencia*

# ÍNDICE

---

- 4 Editorial
- 
- 8 **Actividad Asociativa**
- 8 Terceras Jornadas de Tarazona
- 10 Carta al Presidente del Consejo sobre las retribuciones variables
- 12 Reunión de la Comisión Permanente
- 
- 16 **Estudios Doctrinales**
- 16 **Indefensión telemática y prueba digital en el proceso laboral**  
*Germán María Serrano Espinosa*
- 28 **El libre desarrollo de la personalidad. Un contenido para un derecho**  
*Luis Alberto Gil Nogueras*
- 34 **Despido y prueba ilícita**  
*María del Carmen Rodrigo Sáiz*
- 



María Jesús del Barco Martínez

Presidenta

El español es un idioma muy rico. El Diccionario de la Real Academia Española (DLE) recoge más de 93.000 palabras, si bien, los expertos señalan que, como ningún diccionario las recoge todas, el léxico de una lengua se suele estimar añadiendo un 30% más. Son muchos los términos existentes y, sin embargo, no es sencillo encontrar las palabras adecuadas que, desde la prudencia, la lealtad institucional, el respeto y la responsabilidad que siempre han guiado nuestra actuación como asociación profesional, expliquen el desconcierto, el estupor y también el enfado que nos provocan los últimos acontecimientos. Vamos a intentarlo.

**Cronología.** DLE, en su segunda acepción: Serie de personajes o sucesos históricos por orden de fechas. Sabemos todos que esta triste historia empieza con la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, cuando el PSOE decide cambiar el sistema de elección de los vocales judiciales del Consejo General del Poder Judicial, privándonos a los Jueces y Magistrados de esa facultad en favor del Congreso de los Diputados y del Senado. Ciertamente es que el Tribunal Constitucional en su sentencia 108/1986, de 26 de julio avaló la constitucionalidad de esta forma de elección, no sin antes advertir del riesgo de trasladar la lógica del Estado de partidos a ámbitos de poder de los que debería quedar al margen, y, entre ellos, señaladamente, al Poder Judicial.

Lo que ha sucedido después es de todos conocido. Desde la Asociación Profesional de la Magistra-

tura siempre hemos reclamado el cambio de ese sistema de elección y la vuelta al original, al diseñado en la Ley Orgánica 1/1980; antes de que otros lo hicieran, antes de que todos los organismos de la Unión Europea y del Consejo de Europa, tal y como está sucediendo ahora, reclamaran a España esa modificación legal, por eso, en esta, como en muchas otras cuestiones, no vamos a aceptar lecciones de nadie.

Pero volvamos al orden cronológico y a recordar algunos de los sucesos más recientes.

**Diligencia.** DLE, en su primera acepción: Cuidado y actividad en ejecutar algo.

El 19 de julio de 2018, dando cumplimiento al calendario electoral interno que se había aprobado por la Comisión Permanente, en las diferentes secciones territoriales procedimos a elegir a los 12 asociados que integrarían la lista de candidatos de la APM para la renovación del Consejo General del Poder Judicial, pues el 4 de diciembre de ese mismo año finalizaba su mandato de cinco años y procedía esa renovación.

Sin embargo, cuando se aproximaban las fechas, una filtración interesada del Ministerio de Justicia y un mensaje de WhatsApp hicieron saltar por los aires el principio de acuerdo. Desde entonces, hemos asistido a encuentros y desencuentros permanentes; todos los conocemos: elecciones generales que se repiten, campañas electorales permanentes, autonómicas o municipales, mociones de



censura, pandemia, el nombre del candidato inaceptable para unos e imprescindible para otros, etc. A lo largo de estos años, desde diciembre de 2018, hemos escuchado argumentos para todos los gustos.

Todos tenemos la sensación de que solo se han buscado excusas y nunca se han encontrado motivos. Se ha dicho que hay que separar la renovación del CGPJ de la vida política y de sus avatares, sin embargo, unos y otros, los mismos que sostienen este argumento, hacen depender la posibilidad de alcanzar un acuerdo del devenir político de cada semana, de lo que digan los grandes gurús de la información a la hora del desayuno o de la intención de voto que revele el CIS.

A veces sonroja saber que algunos magistrados desaconsejan el cumplimiento de la ley y de la Constitución, recomendando que

no se renueve el CGPJ, que se espere a otro resultado electoral quizá más favorable, -no sabemos a quién-, como si la situación actual de los Juzgados y Tribunales de este país pudiera esperar al año 2024; como si los derechos y libertades de los ciudadanos, los principales perjudicados por esta anomalía constitucional, pudieran esperar.

**Desvergüenza.** DLE, en su segunda acepción: Dicho o hecho impúdico o insolente. Otra entrada que contiene la forma «desvergüenza»: inmundo, da, en su primera acepción: Sucio y asqueroso.

El 13 de octubre de 2020 el Gobierno, -PSOE y Unidos Podemos-, presentaban en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica para modificar la LOPJ. La entonces portavoz parlamentaria del Partido Socialista, Adriana Lastra, afirmaba que "Esta reforma trata de asegurar el correcto funcionamiento del CGPJ de acuerdo al mandato constitucional".

Dos eran los objetivos fundamentales de esta Proposición de Ley: de un lado, rebajar el régimen de mayorías necesario para elegir a los vocales el Consejo General del Poder Judicial de modo que, si en una primera votación no se alcanzaba la mayoría requerida en la actualidad de los tres quintos del Congreso y del Senado, bastaría la mayoría absoluta en una segunda votación. Al parecer, "el mandato constitucional" se interpreta por algunos como el incumplimiento de la Constitución. Europa reaccionó a tiempo. La Comisión Europea frenó el intento de manipular hasta el extremo al órgano de gobierno de los jueces. El Gobierno abandonó esta propuesta, sin embargo, en el mes de diciembre, el día 2, volvió a presentar una nueva Proposición de Ley, para el segundo de sus objetivos.

**Infamia.** DLE, en su segunda acepción: Maldad o vileza en cualquier línea.

El Boletín Oficial del Estado del 30 de marzo de 2021 publica la Ley Orgánica 4/2021 de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones, privándole de una de sus funciones esenciales establecida así en el artículo 122.2 de la Constitución, la de efectuar los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Supremo, Presidentes de Audiencias Provinciales y de Tribunales Superiores de Justicia y de los dos Magistrados del Tribunal Constitucional a los que se refiere el artículo 159 de la Carta Magna.

Las consecuencias de esta reforma las conocemos todos. El CGPJ ha sido castrado. No puede hacer los nombramientos de la cúpula judicial, que al parecer es lo único que importa a los políticos. Al día de la fecha, son más de 60 los nombramientos pendientes en el Alto Tribunal y en diferentes Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia; la situación de colapso de las Salas Tercera y Cuarta impedirá que se dicten este año más de 1000 sentencias. A nadie parece importarles el ciu-

dadano afectado por la resolución de sus demandas y recursos. Escuchamos cada día hablar de reformas de progreso e igualitarias que obvian que sin justicia ni hay igualdad ni hay progreso. Pero no dejemos que la realidad nos desmonte el discurso.

Porque esta burla, esta forma de ningunear al CGPJ debilita a nuestro órgano de gobierno y, en definitiva, al Poder Judicial. Un Consejo que lleva tres años y medio en funciones carece de la fuerza y de la autoridad necesarias para reivindicar ante el Ministerio de Justicia algo tan sencillo como la prórroga de unas comisiones de servicio, como vimos hace unas semanas.

La Ley Orgánica 4/2021, se dijo, era una forma de presionar al Partido Popular para así conseguir el acuerdo necesario y la mayoría de tres quintos requerida para la renovación del Consejo General del Poder Judicial; esta ley ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional que aún no ha dado respuesta; estamos ya acostumbrados a esta rapidez cuando de resolver cuestiones esenciales que afectan al funcionamiento normal de las instituciones y de sus órganos constitucionales se trata. Posiblemente, cuando esa respuesta llegue ya sea demasiado tarde. Quizá, poco importe.



---

---

El día 12 de junio finalizó el mandato de cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional. Toca la renovación de dos de ellos por el Gobierno y otros dos por el Consejo General del Poder Judicial. Pero esta renovación solo puede hacerse por terceras partes, sin que quepa que el Gobierno pueda “colocar” a sus dos candidatos sin que el Consejo haga lo propio con los dos que le corresponden. Y aquí encontramos el primer escollo que, al parecer, la “meditada” reforma introducida por la Ley Orgánica 4/2021 (Almudena Lastra dixit) no “premeditó” porque, privado el Consejo de su función constitucional, no puede nombrar.

En las últimas semanas la rumorología era incesante. Se decía que el Tribunal Constitucional resolvería declarando inconstitucional esa Ley Orgánica 4/2021 solo en cuanto impide el nombramiento de los dos magistrados de dicho tribunal; era un escándalo solo imaginar que esta pudiera ser la respuesta; también se barajaba la posibilidad de que se volviera a modificar la LOPJ y, deshaciendo lo mal hecho o rematando la fechoría, se permitiera al CGPJ hacer, únicamente, estos dos nombramientos.

**Sobar.** DLE, en su acepción tercera: Estropear algo por usarlo o tocarlo mucho; en su acepción cuarta: Manosear a alguien. Si-

nónimo de manosear, DLE, en su acepción primera: Tentar o tocar repetidamente algo, a veces ajándolo o desluciéndolo.

Día 24 de junio de 2022. El Partido Socialista Obrero Español, -el Gobierno, en definitiva-, registra en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica para la modificación del artículo 570 bis de la Ley Orgánica 6/1985 introducido en la Ley Orgánica 4/2021 de modo que, entre las competencias y funciones que se devuelven al Consejo General del Poder Judicial, está la de “proponer el nombramiento de los Magistrados del Tribunal Constitucional, en los términos previstos por el artículo 599.1.1º de esta Ley Orgánica”.

Se consuma la infamia. La utilización obscena de la ley. El abuso de la norma para los intereses políticos de quien gobierna. Otro ataque más a nuestro Estado de Derecho. Otra burla más. Dinamita colocada estratégicamente en los pilares de nuestra democracia.

Todas las instituciones deben renovarse en plazo. El Consejo General del Poder Judicial y también el Tribunal Constitucional. Pero debe hacerse alcanzando los acuerdos y consensos necesarios. Sin retorcer la ley. Sin jugar con la Constitución como con un yo-yo, subiendo y bajando el cordón a capricho del gobernante de turno.



El Gobierno quiere renovar a los magistrados integrantes del Tribunal Constitucional, a ninguno se nos escapa con qué fin. Si la Proposición de Ley presentada el día 24 de junio se pone negro sobre blanco en el Boletín Oficial del Estado, dependerá del Consejo General del Poder Judicial, -de los 19 Vocales que ahora lo forman y de su Presidente-, enrollar o no el cordón en el disco del yo-yo. Ojalá que el cordón tan ajado ya, sobado y deslucido, no se rompa.

En la Universidad Autónoma de Madrid, en el campus de Cantoblanco, hay un conjunto escultórico dedicado a Francisco Tomás y Valiente, un homenaje a su legado ético y moral, y en una de sus piezas puede leerse esta frase: la vida y el prestigio de las instituciones depende tanto de lo que ellas hacen como de lo que hacen con ellas.



# Terceras Jornadas de Tarazona



Durante los días 19 y 20 de mayo de 2022, hemos asistido a la reedición de las Jornadas de Tarazona, en esta ocasión las terceras, y que reúnen a compañeros de las tres territoriales del Valle medio del Ebro, La Rioja, Navarra y Aragón.

Bajo la dirección de nuestro compañero Luis Gil Noguera, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Zaragoza, se han desarrollado estas Terceras Jornadas, dedicadas en esta ocasión a Patrimonio Histórico, en especial, la reflexión sobre el Camino de Santiago en tierras de este Valle medio del Ebro, con el título Patrimonio Histórico y Camino de Santiago en el Valle del Ebro: manifestaciones de una conciencia y ser europeos.

Como en las anteriores ocasiones, contamos con la presencia entusiasta de la Ejecutiva de la Asociación, con su Presidenta a la cabeza, María Jesús del Barco, así como de entrañables compañeros

y amigos de la territorial del País Vasco, que siempre responden gratamente a nuestras convocatorias. Es un honor para nosotros.

El patrimonio histórico es el poso de la Historia de un país y, a la vez, sublimación de un particular modo de entender la vida a lo largo del tiempo y de la Historia. El patrimonio histórico de un país nos dice lo que ese país ha sido en el pasado, y su compromiso en la conservación de aquél, nos dice lo que es en el presente. Y dentro de éste, especial mención mereció el Camino de Santiago, como eje vertebrador de los territorios del Norte de España y origen de una determinado de ser, de pensar y de organizarnos, desde una perspectiva y vocación fundamentalmente europea.

Contamos para ello con las aportaciones de algunos de nuestros compañeros, como es el caso del propio director de las Jornadas, así como de Paco Pueyo, Presidente de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del TSJ de Navarra. Junto a ellos, contamos también con aportaciones de compañeros, que, aunque con diferente perfil asociativo, tenía mucho que decir sobre el tema central de las jornadas.

El historiador Fernando García de Cortázar, presentado por Ramón Rodríguez Arribas, nos hizo el honor de compartir unos momentos de su genio y sabiduría sobre la materia, y nos ofreció una lección magistral, no sólo de Historia, sino de vida, siempre con la referencia del Camino de Santiago, del que es –también en este concepto histórico- notorio e indiscutido experto. Nada nos hacía sospechar al disfrutar de su vitalidad la triste sorpresa que ha supuesto su reciente fallecimiento.

to hace unos días. Es sabido que nadie muere en realidad mientras se le recuerda. Sirva esta crónica de las Jornadas como sincero homenaje a su Magisterio y de cauce de nuestra inmensa gratitud por habernos dedicado una de sus últimas reflexiones.

Cerramos el día 20 de mayo con una mesa redonda, moderada por Manuel Almenar en la que intervinieron expertos tales como el Presidente de la Real Academia de San Luis, Domingo Buesa, así como José Luis Melero, Académico de número de la misma y María Sancho Abarca Menjón Ruiz, Di-

rectora General de Patrimonio del Gobierno de Aragón.

Como no todo iba a ser estudio y reflexión, tuvimos la oportunidad de compartir momentos de ocio y confraternización, especialmente importantes en este año en que reiniciamos una relación directa que lamentablemente se ha visto interrumpida durante dos años por la pandemia. Tuvimos el privilegio de visitar la Catedral de Tarazona desde "otra perspectiva", desde "las alturas", como también descubrimos espacios que desconocíamos hasta el momento, como el Salón de Obispos del Palacio Episcopal, auténtica joya cerrada hasta la fecha a toda visita. Y, como no, también hubo espacio para compartir experiencias y recuperar una interacción perdida durante dos años, en torno a una buena mesa, en la gastronómica de Tudela "La intemperie", antónimo de lo que en realidad

significa su nombre aplicado al lugar.

Esta ocasión era muy significativa, muy especial, para todos, pues suponía reanudar, reeditar este encuentro tras un largo período de inactividad involuntaria. Ha sido un reto que, por las opiniones de quienes asistieron y sus expresiones durante su desarrollo –pues a veces no hacen falta palabras-, creo que hemos superado con muy buena nota.

Buenas sensaciones y preparando ya las "IV Jornadas"...



# Carta al Presidente del Consejo sobre las retribuciones variables



Juezas y Jueces  
para la Democracia

foro judicial Independiente  
20 años

## EXCMO. PRESIDENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Las asociaciones judiciales firmantes, en cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el Primer Congreso Interasociativo celebrado en Albacete los días 10 y 11 del febrero, se dirigen al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) a través de la persona que lo representa, su Presidente el Excmo. Sr. Don Carlos Lesmes Serrano, a fin solicitarle que proceda en atención a las siguientes consideraciones:

El artículo 4 del Reglamento 2/2018, para el cumplimiento de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal, en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la Carrera Judicial (aprobado por Acuerdo de 29 de noviembre de 2018, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial), establece un sistema a instancia de parte para la percepción de las retribuciones variables (sistema de auto-

liquidación) que, además de obligar a los miembros de la Carrera Judicial a estar contabilizando las resoluciones judiciales, penaliza con el impago de aquéllas retribuciones a quienes no presenten tal declaración, al incluirse en el grupo de jueces/as y magistrados/as que no superan el 120 % del objetivo de rendimiento, aunque realmente lo superen.

Sin perjuicio de las repercusiones que en distintos ámbitos tienen la superación del 100%, particularmente para la salud laboral, este sistema entraña una laboriosa tarea de contabilización y de recopilación de información totalmente **ajena a la labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado** que es la que propiamente corresponde a los miembros de la Carrera Judicial tratándose de una **labor burocrática** que debería estar residenciada, con carácter principal, en el órgano al que constitucional y legalmente compete la determinación de los objetivos de rendimiento correspondientes a los destinos de la Carrera Judicial y el procedimiento de certificación de su cumplimiento por parte de Jueces/as y Magistrados/as, el CGPJ.

Como bien conoce el CGPJ, la mayor parte de órganos judiciales están notablemente **sobrecargados**, por lo que esta labor netamente administrativa supone una carga adicional a la propia función jurisdiccional, pues muchas personas ponderan liberarse de aquéllas tareas, dada la carga de trabajo que soportan, y no confeccionan los formularios de rendimiento; quedando así **privadas**, precisamente en aras a su dedicación profesional e institucional -y pese a superar el correspondiente módulo de rendimiento-, de parte de los emolumentos que les habrían de corresponder en Derecho, en atención a la dignidad de su Función y en garantía de su independencia (art. 402 de la LOPJ 6/1985).

Las resoluciones judiciales, todas, son públicas, y están subidas a los correspondientes sistemas informáticos y de gestión procesal, por lo que la labor de recopilación de su número y clase debería ser casi automática. En otro caso, el CGPJ habría de implementar y habilitar los medios técnicos, aplicaciones y soportes electrónicos precisos para que esta labor se realice informáticamente.

Por todo ello, las asocia-

ciones abajo firmantes **solicitamos la modificación del citado art. 4 del Reglamento 2/2018**, y ello a fin de que sea innecesaria la labor de autoliquidación alguna, siendo la unidad correspondiente del **CGPJ la que presente un borrador de liquidación de sus retribuciones variables**, borrador que el Juez podrá **confirmar** o **modificar** según sus propios cálculos; entendiéndose que el **silencio** ante el mismo es confirmación del borrador.

De este modo, se conseguiría descargar a los integrantes de la Carrera Judicial de unas laboriosas tareas administrativas que no les son propias, y propiciaría una mejora de la equidad del sistema retributivo que debe ser expresivo de la dedicación y responsabilidad en el desempeño de las funciones jurisdiccionales; asegurándose que los Jueces y Magistrados que superen el 120 por ciento del objetivo de rendimiento, y que aho-

ra prefieren liberarse de aquellas tareas en atención a la mayor dedicación y eficacia de sus obligaciones profesionales en el ejercicio de su función, perciben las retribuciones variables que les corresponden conforme a su rendimiento individual acreditado, tal y como previene la Ley 15/2003, de 26 de mayo.

Madrid, 25 de mayo de 2022

Atentamente,

*Asociación Profesional de la Magistratura*

*Juezas y Jueces para la Democracia*

*Asociación Judicial Francisco de Vitoria*

*Foro Judicial Independiente*

# Reunión de la Comisión Permanente

## Comité Ejecutivo Nacional

MADRID, 17 DE JUNIO DE 2022

El viernes 17 de junio se celebró en Madrid, en el salón de actos del Tribunal Superior de Justicia, la reunión de la Comisión Permanente de la que, como sabéis, forman parte los miembros del Comité Ejecutivo Nacional y los Presidentes de las diferentes secciones territoriales. De acuerdo con el orden del día establecido para esta reunión, se dio cuenta de las actuaciones desarrolladas durante el tiempo transcurrido desde el congreso del pasado mes de noviembre en Córdoba.

La Presidenta, María Jesús del Barco informó de las diferentes reuniones que se han mantenido con los grupos parlamentarios para el estudio de las reformas legales en trámite; en la actualidad, se está tramitando una reforma de la ley concursal y vinculada a ésta una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial que afecta a las competencias de los juzgados de lo mercantil y los juzgados de primera instancia para el conocimiento del concurso de personas físicas y de las demandas de transporte aéreo, fundamentalmente; además, desde el Gobierno se remitieron en su día al Congreso de los Diputados los proyectos de ley de eficiencia organizativa por el que se crean los tribunales de instancia y se desarrolla la oficina judicial y el proyecto de ley de eficiencia procesal.

Durante la elaboración de los anteproyectos, en el mes de mayo del año pasado, siendo Ministro Juan Carlos Campo, desde la Asociación Profesional de la Magistratura ya hicimos nuestros informes; esta documentación, así como el contenido de las ponencias y las

conclusiones que alcanzamos en el congreso de Córdoba son el material de trabajo para estas reuniones y para hacer todas aquellas propuestas que entendemos, desde nuestra experiencia diaria en el ejercicio de la jurisdicción, pueden mejorar estos proyectos legales. Por otro lado, la Ley de eficiencia digital se encuentra en fase de anteproyecto, por tanto, tendremos que estar a la espera y ver cuál es el texto que, definitivamente, se envía a las Cortes.

Además, como sabéis a través de los diferentes correos que os hemos remitido, en el mes de febrero tuvo lugar en Albacete el primer congreso inter-asociativo. Se crearon cinco grupos de trabajo: derechos retributivos, jubilación, jueces de nuevo ingreso, condiciones de trabajo en materia de salud laboral y carrera profesional y planta judicial. Es necesario destacar aquí la intensa labor desarrollada por los compañeros de

las cuatro asociaciones judiciales, la voluntad de alcanzar acuerdos y de consensuar todas aquellas cuestiones en las que, en ocasiones, solo existen diferencias de matiz, aparcando aquellas materias en las que entendemos que la defensa de los intereses profesionales de la carrera judicial debe realizarse desde la óptica particular de cada una de las asociaciones y la visión que no es siempre coincidente sobre lo que debe ser el papel constitucional del juez.

De las conclusiones obtenidas en Albacete, de las que os dimos también oportuno traslado a través del correo inter-asociativo, resultaron una serie de reivindicaciones que debemos dirigir, tanto al Consejo General del Poder Judicial, como al Ministerio de Justicia.

En el mes de abril, el día 11, comenzaron las primeras reuniones con el equipo ministerial, y después se han sucedido otras

tres el 27 de abril, el 10 de mayo y la última el pasado 9 de junio. Como habéis podido comprobar, a través de los comunicados inter-asociativos y de carácter informativo que hemos transmitido, no son muchos los avances que se están consiguiendo; tal vez no existe voluntad real por parte del Ministerio de Justicia de atender reivindicaciones que son muy sencillas como, por ejemplo, la que afecta al período de sustitución y de refuerzo que se realiza por los jueces en prácticas, como última fase en su formación de Escuela Judicial y que, desde la Asociación Profesional de la Magistratura, llevamos años solicitando su supresión; parece claro que, cuando son tantas las reformas de ley orgánica que se están tramitando ahora en el Congreso, fácilmente podría incluirse una enmienda para la supresión de esta fase; otras afectan al régimen de jubilación, al destope en el importe de la pensión máxima a percibir suprimiendo la diferencia entre los empleados públicos incluidos en el régimen de clases pasivas y los que están en el régimen general; con respecto al modelo profesional de carrera judicial hemos entendido necesario definir a nivel interno, dentro de la Asociación Profesional de la Magistratura, cómo entendemos que debe desarrollarse la carrera profesional del juez desde su ingreso en la

carrera y en las diferentes etapas profesionales; estamos también a la espera de ver si se da respuesta por parte del Ministerio a aquellas reivindicaciones realizadas en materia de conciliación y de salud laboral.

Nos preocupan a todos, fundamentalmente, los avances que puedan conseguirse en materia retributiva y sobre las reuniones del grupo de trabajo informó Juan José Carbonero que es el vocal del Comité Ejecutivo encargado de acudir a las diferentes reuniones mantenidas en el Ministerio de Justicia; hasta ahora, más allá de determinadas propuestas concretas que han sido parcialmente acogidas por el Ministerio de Justicia es evidente que, en tanto no se convoque la mesa de retribuciones a la que debe asistir, conforme establece la Ley 15/2003, el Ministerio de Hacienda, poco avance se producirá; como en la reunión de abril desde el Ministerio de Justicia se nos trasladó que la convocatoria de la mesa se produciría en octubre, estaremos a la espera de ver qué pasa llegada esa fecha y, como hasta ahora, os informaremos a través del correo corporativo.

Desde la Vicepresidencia, Dmitry Berberoff informó de las diferentes reuniones que se ha mantenido con los grupos parla-



mentarios, destacando, el encuentro con Llanos Castellanos, que es la Secretaria de Justicia, Relaciones Institucionales y Función Pública del PSOE para explicar la diferente situación legal de los jueces sustitutos y magistrados suplentes que, en modo alguno, puede ser equiparada con la de los funcionarios interinos, como parece pretenderse por algún grupo político con el apoyo o, al menos, sin la oposición de alguna asociación judicial.

En el área de relaciones internacionales, Javier Martínez Marfil informó de las conclusiones alcanzadas en el congreso de la Asociación Europea de Jueces celebrado en Oporto los días 28 al 30 de abril donde se adoptaron tres resoluciones que afectaban a Italia, por unas reformas procesales que establecían una evaluación de los jueces por los abogados y otras

medidas; a Ucrania, para instar a Naciones Unidas a que investigue la posible comisión de crímenes de guerra en su territorio, y una tercera sobre Polonia insistiendo en aspectos como supresión del sistema disciplinario actual, elección del Consejo sin interferencias políticas, etc.

Además, informó de la reunión anual del Grupo Iberoamericano celebrada en Sao Paulo del 29 de mayo al 1 de junio, a la que asistió Francisco Silla en su calidad de Vicepresidente del grupo y como representante de nuestra asociación.

Asimismo, hemos sido convocados formalmente al Congreso de La Unión Internacional de Magistrados que se celebrará en Israel (Tel Aviv) del 18 al 22 de septiembre.

En el área de previsión social y de la Mutualidad General Judicial, Javier informó también de su reunión con el Gerente de MUGEJU al que trasladó el malestar de los asociados por el empeoramiento de los servicios médicos y ver qué posibilidades hay de mejorarlos.

En el área de igualdad, Concha Jerez dio cuenta de la reunión mantenida con las delegadas de igualdad designadas en los Tribunales Superiores de Justicia que, como sabéis, son mayoritariamente de la Asociación Profesional de la Magistratura, a los efectos de coordinar una actuación conjunta en los diferentes territorios, unificando criterios de actuación y de cara, también, a la proposición de actividades formativas.



afortunadamente, no han sido muchas.

En el área de acción social, Ignacio dio cuenta también de las conversaciones que se mantienen con Cruz Roja con el objeto de suscribir un convenio de colaboración con Cruz Roja, a nivel nacional, para realizar actividades formativas y obtener así recursos económicos para ayudar a colectivos vulnerables o ante situaciones de crisis grave, como se ha hecho, por ejemplo, con ocasión de la invasión de Ucrania, en la sección territorial de Murcia, con la participación también del Colegio de Abogados y que ha dado unos magníficos resultados.

En el área de jueces jóvenes, Alejandro González ha informado de las actividades realizadas con las últimas promociones como el encuentro que tuvo lugar en el mes de marzo en Barcelona con los alumnos de la Escuela Judicial, de la 72ª promoción, al que acudieron en un 98% y que nos dio la oportunidad de presentarnos como asociación profesional; además, se está elaborando un nuevo pendrive donde se contiene información esencial para el juez en su primer destino, de tipo práctico, tanto desde el punto de vista

gubernativo como jurisdiccional. También se está cerrando ya el encuentro interterritorial de jueces jóvenes que se celebrará en el mes de septiembre en Palencia.

En los últimos meses se han asociado 53 nuevos compañeros, 26 de ellos de la última promoción. La asociación crece con el trabajo y las aportaciones de todos; solo así podemos ser un referente en la carrera judicial, y está abierta siempre a la participación de todos los asociados.

En el área de estudios e informes, María Eugenia Alegret está trabajando en la propuesta de lo que podría ser el desarrollo de la carrera profesional que, lógicamente, deberá ser objeto de examen y aprobación en un congreso; además, realizó el informe para sostener ante el Ministerio de Justicia la necesidad de mantener la obligatoria retribución de las sustituciones ordinarias de tres días, por permiso del compañero, cuando se han realizado actuaciones urgentes en esa sustitución.

En el área de defensa jurídica, Ignacio Vilaplana informó sobre las diferentes consultas realizadas por alguno de vosotros en materia de régimen disciplinario que,



# Indefensión telemática y prueba digital en el proceso laboral

Germán maría serrano espinosa

Si antes de empezar una vista una de las representaciones de las partes explica amablemente que trae la prueba en papel, en un pen-drive y en un CD; que el día anterior también la incorporó a los autos a través de LexNet, no vaya a ser; que trae una inestructa o minuta – también en todo tipo de formatos- similar a una contestación a la demanda, por si es aceptada; y que se ha recorrido 700 kilómetros para estar presente aunque el Juzgado de lo Social le ofreció la posibilidad de intervenir telemáticamente a través del enlace incorporado al decreto de admisión y que permite acceder a la sala virtual, porque tiene dos testigos que también han venido pues no sabía si podían declarar en su casa, en su despacho, por exhorto o tenían que estar; esto sólo quiere decir dos cosas: primera, que el Letrado o Letrada tiene muchos pleitos por todo el territorio nacional; segunda, que algo no estamos haciendo bien. Y en todo caso, que no hay atisbos de una gobernanza digital eficaz que unifique prácticas procesales.

## 1.- INTRODUCCIÓN. Y DE REPENTE, LA PANDEMIA.

1.- Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la tercera acepción del adjetivo digital es la siguiente: Dicho de un dispositivo o sistema: Que crea, presenta, transporta o almacena información mediante la combinación de bits. En un sentido más amplio, en esta búsqueda del expediente digital aderezado por la situación de alegalidad procesal en materia de medios informáticos y telemáticos para no paralizar el sistema judicial por la pandemia, lo digital puede hacer referencia a los nuevos mecanismos procesales de actuación que se están llevando a cabo en nuestros Juzgados y Tribunales, y que por novedosos,

urgentes y diversos, están creando un panorama de actuación generador de usos y costumbre procesales que, ineludiblemente, pueden generar indefensión. Y no por negligencia o por indebida aplicación de los cauces procedimentales, sino por el propio funcionamiento del sistema.



2.- En la tesitura de la instauración del expediente digital apareció la pandemia y sus consecuencias judiciales: primero, paralización insólitamente alargada; y después prisas y competencia de músculo de cada administración prestacional en medios digitales para la aplicación de las novedades procesales de urgencia, esencialmente, la celebración de vistas telemáticas. La situación ha provocado varias ventajas, con paralelos inconvenientes. Entre las ventajas pueden citarse que allí donde había cicatería y dificultad en medios informáticos de un día para otro las mismas se difuminan y de repente llueven sin insistencia; que en la jurisdicción laboral hemos podido gustar el licor de ciertos hitos procesales que deberían quedarse para siempre, tales como las vistas telemáticas en procedimientos sencillos de ratificación de demanda, sucinta contestación y remisión al expediente administrativo, o bien procesos sin empresa, o repetitivos y ya resueltos por doctrina unificada o local; y que podemos acariciar ciertas normalidades procesales de otras jurisdicciones que pueden acomodarse sin dificultad en la nuestra, como la presentación telemática de la prueba documental con traslado a las partes y la presentación de una instructa con la prueba de la parte demandada al modo de una contestación escrita a la demanda. Entre los inconvenientes, la ausencia de unificación y proactividad en la creación de un auténtico expediente administrativo digital; la pérdida de la intermediación; y -la más dañina- la acentuación de las diferencias territoriales no ya en medios tecnológicos -que también-, sino en las prácticas procesales diversas sin unificación legislativa.

## **2.- PROCESO LABORAL, USU FORI E INDEFENSIÓN DIGITAL. LOS CINCO JINETES DE LA DESIGUALDAD DE ARMAS.**

1.- La conformación de los autos digitales es clave para llegar al tan ansiado papel 0. En esta aventura los distintos medios y las distintas velocidades según territorios -sean competencia del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas- provoca escenarios diversos que, por aplicación de distintas costumbres digitales, pueden generar indefensión si falla la debida contradicción para el cumplimiento del principio de igualdad de armas. Por un lado, desde la admisión a trámite de la demanda se están exigiendo algunos comportamientos procesales alegales so capa de la situación excepcional provocada por la pandemia COVID 19, tales como presentar la prueba con la demanda para la parte demandante y antes de la vista, para la parte demandada. Por otro lado, requerir la celebración de la vista telemática, por aplicación de las normas que dieron preferencia a la celebración telemática de las vistas, como son los artículos 19 del Real Decretoley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia y 14 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Entre tanto, lo que es cierto es que para la celebración de una vista telemática con todas las garantías, se antoja esencial que los autos sean digitales, con la prueba documental presente en el momento de la celebración de la vista, aunque se

puedan distorsionar algunos de los usos clásicos del proceso laboral, esto es, la presentación de la prueba documental y pericial en sala para su análisis y estudio en el acto antes de alegaciones, sin perjuicio de la posibilidad sanadora que ofrece el artículo 87.6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Como hemos explicado en otro lugar<sup>1</sup>, el problema no está en la mayor o menor obligatoriedad de estos comportamientos, sino en la profunda diferenciación que hay por territorios de los medios tecnológicos a nuestro alcance para hacer real y efectivo la preferencia temporal telemática del legislador de urgencia por la pandemia, y la más definitiva enmarcada en el artículo 230 de Ley Orgánica del Poder Judicial, 273 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 5 del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET, y que sin duda imponen una obligación más que una recomendación, por más que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no lo recoja como tal, por la fuerza directa de su posición normativa o bien supletoria<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Radiografía digital de la jurisdicción social en España. Colección: Cuadernos Digitales de Formación. Nº volumen: 3. Año: 2018, 29 páginas.*

<sup>2</sup> *SEBASTIÁN MORALO GALLEGO afirma que "no es posible que el órgano judicial*



Esto provoca que se estén dando distintas salidas procesales ante problemas comunes, provocados por la diferenciación entre los medios, más que por la falta de normativa clara y específica en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Y esto se está asumiendo como una costumbre procesal, que obliga a los profesionales a adaptarse al uso tecnológico del foro [en algunas comunidades autónomas no se puede notificar por LexNET; en algunos lugares se admite la prueba documental en pen drive; en otros se puede visualizar en sala; en unos sitios se exigen copias en papel, en otros no; más allá la Sala puede acceder al expediente judicial directamente, y en otros lugares se eleva en CD; en algunos lugares los ordenadores de los Magistrados tienen resorte para ver un CD, en otros no; algunos Magistrados usan ya la firma digital, otros no lo hacen, o no pueden hacerlo; y un largo etcétera]. Y se debe concluir con que este panorama no es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, en términos de igualdad de acceso a este servicio público.

2.- Esta diversidad normativa y la falta de aterrizaje de normas claras en el proceso laboral “revela la existencia de un desajuste entre los avances normativos en materia de justicia digital y la le-

---

*pueda obligar a las partes a que aporten la prueba documental y pericial en soporte informático o por medios telemáticos” y destaca que cuando la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social habla de aportación de prueba digital lo hace como una especie de recomendación (soporte preferiblemente informático dice el artículo 82.4 y 87.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), en Prueba documental y expediente judicial electrónico, Foro EL DERECHO.COM, 11 de abril de 2017. [http://www.elderecho.com/foro\\_legal/laboral/Prueba-documental-orden-social-obligacion-expediente-judicial-electronico\\_12\\_1076685001.html](http://www.elderecho.com/foro_legal/laboral/Prueba-documental-orden-social-obligacion-expediente-judicial-electronico_12_1076685001.html)*

gislación procesal laboral” siendo evidente “que la digitalización del proceso no está bien vertebrada en la legislación procesal laboral”. Si a esto unimos las distintas velocidades en las diversas partes del territorio nacional en la implantación del expediente digital electrónico, el resultado es el diferente trato que se puede proyectar a la aportación de la prueba documental digital, a su valoración, a su inserción en el proceso, y a la consideración del expediente digital como cauce para su desarrollo, y como auténtico pleito en su sentido estricto. Por eso se ha destacado que “la falta de uniformidad en las respuestas provoca a su vez un problema de uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas procesales” jugando claramente “en detrimento de la igualdad y previsibilidad en la aplicación de las leyes procesales según sea el criterio seguido por cada juez en el juicio laboral”.

3.- El Magistrado o Magistrada del Juzgado de lo Social que dirija la vista –sea presencial o telemática, o lo más habitual, mixta- se debe convertir en un artesano de la tutela judicial efectiva, muy vigilante en la comprobación de que se está cumpliendo el principio de igualdad de armas en la recepción y asimilación de los medios de prueba, para provocar la adecuada contradicción y alegación sobre sus extremos tantas veces como sea preciso, como trasunto del artículo 85.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (las partes harán uso de la palabra cuantas ve-

---

**3** JUAN MARTÍNEZ MOYA en *Prueba documental y expediente judicial electrónico*, Foro EL DERECHO.COM, 11 de abril de 2017. [http://www.elderecho.com/foro\\_legal/laboral/Prueba-documental-orden-social-obligacion-expediente-judicial-electronico\\_12\\_1076685001.html](http://www.elderecho.com/foro_legal/laboral/Prueba-documental-orden-social-obligacion-expediente-judicial-electronico_12_1076685001.html)

ces el juez o tribunal lo estime necesario). Sin duda, la presentación previa de la prueba documental y pericial con oportunidad inmediata de dar traslado a la otra parte tras su admisión, facilita el cumplimiento de esta vigilancia.

Esta presentación previa permite introducir un elemento –otra costumbre digital- muy útil para la resolución del conflicto. Me refiero a un escrito -inicial para la parte demandada- que, además de enumerar la prueba que se presenta, pueda contener tres extremos importantes para constituir eficazmente la litis: excepciones procesales, fijación de los hechos controvertidos y no controvertidos incluyendo allanamiento total o parcial, y cálculo numérico de diferencias incluyendo contrapropuesta, en su caso o solicitud de compensación judicial. Al modo de una contestación a la demanda, por qué no, cumpliendo los resortes del artículo 85.6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (si no se suscitasen cuestiones procesales o si, suscitadas, se hubieran contestado, las partes o sus defensores con el tribunal fijarán los hechos sobre los que exista conformidad o disconformidad de los litigantes, consignándose en caso necesario en el acta o, en su caso, por diligencia, sucinta referencia a aquellos extremos esenciales conformes, a efectos de ulterior recurso. Igualmente podrán facilitar las partes unas notas breves de cálculo o resumen de datos numéricos). Si así se hace, además de dibujar la vista misma como un mero trámite en casos tales como allanamiento o conformidad en los cálculos finales presentados, en otros casos se estará facilitando una resolución rápida del conflicto, además

---



de dar escrupuloso cumplimiento a las normas procesales. Ni que decir tiene que todavía no está prevista la contestación escrita a la demanda en el proceso laboral, pero no hay duda de que sería un instrumento que consolidaría eficacia y celeridad en la resolución de determinados conflictos, especialmente aquellos en los que la administración demandada sólo propone como prueba el expediente administrativo.

4.- En el acto de la vista telemática total o mixta se pueden producir diferentes situaciones generadoras de marcos de indefensión, no total ni radical, sino de tipo indirecto y parcial, no subsanable, pero que a la vez tampoco provoca protesta o incardinación en motivo de duplicación de la letra a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para buscar la nulidad de la sentencia. Aunque bien pensado todas estas circunstancias se pueden evitar en la vista presencial, lo que no quita que algunas de las vistas digitales, por economía real y procesal, son verdaderamente útiles.

Los podríamos bautizar como los cinco jinetes de la desigualdad de armas cuando nos adentramos en la posición del Letrado/a o Graduado/a Social delante de una pantalla y que son:

a. la indefensión visual (sólo veo unas manchas de colores, algo así como banderas, pero creo firmemente que quien me habla es Su Señoría)

b. la indefensión documental (yo presenté la prueba por Le-

xNet, espero que hayan dado traslado a la contraparte; parece que me están enfocando los documentos presentados por la otra parte; menos mal que el auxilio va a escanear la prueba y nos van a dar traslado para conclusiones escritas);

c. la indefensión fisiognómica (no puedo ver la cara del testigo, sus ojos, si baja la mirada, si está sudando, si enfoca demasiado al Letrado que lo propuso);

d. la indefensión auricular (parece que quien habla es el Letrado del Fondo de Garantía Salarial, o quizás sea Su Señoría; o más bien el Letrado de la otra empresa).

e. la indefensión discursiva (hace rato que empecé mis conclusiones y no oigo nada; tampoco puedo ver el interés que suscito en Su Señoría y en la otra parte, pero mientras no me corten yo sigo).

### 3.- LA IMPORTANCIA DIGITAL Y MATERIAL DE LA DEMANDA.-

1.- El escrito de demanda es el elemento esencial para la configuración correcta de los carriles jurídicos dialécticos y procesales del procedimiento que se inicia. Además es la puerta de entrada al expediente digital, comenzando a derivar obligaciones para las partes y para el órgano jurisdiccional para cumplir fiel y escrupulosamente las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva. Por eso es imprescindible que entre todos hagamos un esfuerzo para conseguir por elevación la categoría que merece este escrito inicial, exigiendo que sea completa, concisa, concreta, correcta y cuidada

en la relación de hechos y en la argumentación jurídica que se invoca. La concreción de hechos es cardinal y debe constar en la demanda de conformidad con el artículo 80.1 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social [la demanda debe contener la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas]. Y a partir del momento de la presentación – se señale con mayor o menor celeridad- empieza el esfuerzo judicial para evitar cualquier tipo de indefensión, sin obviar la importancia que tiene esa fijación de hechos y de fundamentos de derecho en relación con la aplicación cada vez más extensiva del instituto de la cosa juzgada y la preclusión de hechos<sup>4</sup>, a la que nos referiremos a continuación.

Tras la fijación de los hechos en la demanda, sólo puede permitirse en el trámite de ratificación ampliación de hechos que en ningún caso puede llegar a ser una variación sustancial como indica el artículo 85.1 in fine de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Segundo momento esencial de esfuerzo y lucha judicial para

---

<sup>4</sup> Cfr. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de mayo de 2020.



no permitir esa variación, haya o no protesta por la otra parte. La calificación como esencial, en ese instante, dependerá de su incidencia en la causa de pedir y en los elementos del suplico, tanto cualitativos como cuantitativos, de manera que, si la consideración es de sustancialidad, lo que procede es inadmitir la ampliación, o suspender el acto de la vista ofreciendo un trámite de cuatro días para ampliar la demanda, que en todo caso concurrirá si la ampliación es imprescindible por meramente subjetiva.

2.- Como se ha indicado, la demanda es la puerta de entrada del expediente digital, y se configura como elemento esencial para el adecuado encauzamiento del sistema. Y más que por el escrito de demanda en sí, por los documentos que se acompañan, o que se deben acompañar, que se constituyen en prueba electrónica, diferente a fuente de prueba<sup>5</sup> y a la prueba digital<sup>6</sup>. Lo más importante es que el formato y la indexación de la prueba se haga conforme a los parámetros técnico-legales previstos, tanto de la demanda como de las aportaciones posteriores de prueba, para la correcta conformación y configuración de los autos digitales, para su posterior correcto manejo. No está de más recordar que tanto las demandas como los documentos de texto que se incorporan



deben ser documentos PDF con el aplicativo OCR, en PDF separados y plenamente identificados en el árbol correspondiente (no es adecuado por tanto que el documento aparezca como doc. 1 o indeterminado sino que debe reseñarse correctamente su contenido –contrato de trabajo, nóminas, acta del Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, etc-). Y tampoco sobra reiterar la importancia de la documentación anexa en el sentido descrito en el artículo 17 del RD 1065/2015, de 27 de noviembre, por el que se regula el sistema LexNET, de cuyo orden, enumeración, referencia y estructura va a depender una gestión normalizada, tanto por el Tribunal como por las partes, de esta prueba documental.

3.- Conseguir que los autos digitales sean accesibles e intuitivos es esencial para que el juzgador pueda examinar con corrección todos los elementos, y sobre todo, para que se puedan detectar defectos procesales que hayan podido generar indefensión. Y en este punto es clave la intervención de la otra parte con acceso a la documentación –con traslado por vía LexNet- para constatar la adecuada contradicción y en su caso, resolver sobre su traslado para evitar marcos de ausencia de tutela judicial efectiva.

El traslado de escritos interlocutorios del expediente digital por vía de LexNet es ágil y permite desbrozar ciertas cuestiones antes de la celebración de la vista, para conseguir una caudal concreto con la pretensión fijada a efectos de resolver el conflicto.

<sup>5</sup> Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020.

<sup>6</sup> Esto es, la referida a contenidos obtenidos en un soporte electrónico o en la red, que puede ser incorporada a los autos en diferentes soportes (DVD, pen drive, pantallazo, transcrito documentalmente, informe pericial).

4.- El demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas excepciones estime procedentes, como afirma el artículo 85.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Este es el momento procesal preciso de alegación y de admisión de hechos para centrar el debate jurídico. Las consecuencias de la adecuada aplicación de este trámite son esenciales para actualizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Como refleja con claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2016 “todas las manifestaciones novedosas hechas en el proceso después de la demanda y la contestación deben tenerse por no formuladas y tienen que quedar fuera del proceso, por cuanto lo contrario supondría dejar en indefensión a la otra parte, a la que se habría privado de la oportunidad de debatir y de defenderse sobre el elemento o variación introducida en el “thema decidendi”, vulnerando con ello el principio de contradicción. Así lo ha entendido la propia Sala que ha sostenido que para que pueda apreciarse una variación sustancial de la demanda es preciso que la modificación que se propone, por afectar de forma decisiva a la configuración de la pretensión ejercitada o a los hechos en que

ésta se funda, introduzca un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible, a su vez, de generar para la parte demandada una situación de indefensión (SSTS de 17 de marzo de 1988 y de 9 de noviembre de 1989). Igualmente, hemos afirmado que la alteración del objeto contenido en la demanda debe abordarse con cautela para evitar situaciones de indefensión; si se realiza en el acto del juicio y la parte afectada lo interesa habrá que acordar su oposición; pero si se lleva a cabo en la fase de conclusiones es evidente que ya no cabe posibilidad alguna de reconducir el proceso. (STS de 1 de diciembre de 2015, rec. 60/2015)”.

Además, si en la demanda se han hecho constar con corrección los hechos que fundamentan la pretensión, y la parte demandada admite todos o algunos de ellos, el resultado material es de utilidad para la configuración de la sentencia en uno de sus apartados más dificultosos, esto es, la redacción de los hechos probados, a los que se tendrá acceso de forma fácil si la demanda no viene escaneada –o fotografiada, incluso- por la obesión de incardinar en ella la firma del trabajador, sino en formato PDF-A con posibilidad de lector OCR.

#### **4.- PRUEBA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. -**

1.- Como explica la Sentencia

del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 1996 (1/1996), el art. 24.2 de la Constitución ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de defensa, que «garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento» ( STC 131/1995 , fundamento jurídico 2º). No comprende, sin embargo, como es palmario, un hipotético «derecho de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada» ( STC 89/1986 , fundamento jurídico 3º), en virtud del cual las partes estuvieran facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer ( SSTC 40/1986 , 212/1990 , 87/1992 y 233/1992 , entre otras). El corolario que de lo expuesto se sigue es a todas luces evidente, a saber, que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa «cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda» (STC 149/1987, fundamento jurídico 3º; fórmula que se reitera, en términos prácticamente idénticos, en la STC 212/1990 , fundamento jurídico 3º).

Es cada vez más habitual promover en las salas de lo Social

prueba que podemos calificar ahora, de forma general, como digital o digitalizada, desde la más común como correos electrónicos configurados como prueba documental y aceptados por la otra parte, hasta grabación de conversaciones y aportación de mensajes de WhatsApp entre las partes. Más que el contenido en sí y los posibles derechos fundamentales que se pueden entender vulnerados<sup>7</sup>, lo relevante a efectos de este estudio se debe centrar en la forma de proposición; en el trance de su admisión o inadmisión; en caso de admisión, los resortes de contradicción necesarios; y por último, en la fórmula adecuada para su práctica.

2.- Es procedente traer a colación la doctrina que muy didácticamente explicita la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2020 –sentencia que ha supuesto un cierto giro a la doctrina de suplicación en determinados aspectos- y que distingue “entre medios de prueba y fuentes de prueba. Medios de prueba son los instrumentos de intermediación

<sup>7</sup> No está de más traer a colación la doctrina constitucional -STC nº 114/1984, de 29 de noviembre- que distingue en la protección del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 de la CE cuando la grabación se realiza por terceras personas ajenas a la conversación o cuando se efectúa por uno de los interlocutores, al declarar: “Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la constitución, por el contrario quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado”; cfr. en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de febrero de 2015.

requeridos por el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior; mientras que la fuente de prueba se refiere a la fuente de información del mundo exterior que está en capacidad de ofrecer el medio de prueba. Las fuentes de prueba que se incorporan al proceso a través de los medios de prueba son ilimitadas (art. 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -en adelante LEC). La LEC sanciona el carácter de *numerus apertus* de las fuentes de prueba, pero los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil”; y añade que “la LEC contiene preceptos favorables al concepto amplio de prueba documental: arts. 326.3, 327, 333 y 812.1.1º. A juicio de este Tribunal, la LEC no regula dos medios de prueba nuevos sino únicamente unas fuentes de prueba. Los arts. 299.2, 382.1 y 384.1 de la LEC se limitan a enumerar diferentes instrumentos y actividades. Se trata de una regulación brevísima: la LEC se ha limitado a establecer las peculiaridades de estas fuentes de prueba porque, a diferencia de los documentos escritos, no basta con dar traslado de estas pruebas a la parte contraria sino que normalmente se preciso proceder al visionado del vídeo, a la escucha del audio o al examen del instrumento de archivo. Pero los medios de prueba son los enumerados en el art. 299.1 de la LEC, los cuales constituyen un *numerus clausus*”. Esto es, en algunos casos se puede incardinar en un sentido amplio de medio de prueba documental, pero con una especificidad propia

tanto en su método de aportación como de plasmación en el acto de la vista, para poder cumplir adecuadamente el principio de contradicción. Otra cosa es que esos datos, inicialmente en medios de reproducción, se puedan documentar –en el sentido de convertir en documentos- y ser admitidos así en el proceso, para facilitar la labor de conocimiento, destacar lo esencial y disminuir un tramo de duración tediosa de la vista (por ejemplo, en el supuesto de transcripción de una grabación, admitidas por todas las partes).

3.- En la actualidad, muchos documentos se presentan en juicio mediante soportes electrónicos, pero no todos ellos pueden considerarse como prueba documental ya que el art. 326.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se remite a la Ley 59/2003, en donde sí regula específicamente lo que es un documento electrónico como soporte de datos solo permite considerar como documento privado a los datos contenidos en soporte firmados electrónicamente. La misma conclusión se obtiene de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que regula en su artículo 3.2 los efectos jurídicos procesales de los documentos electrónicos y que además modifica los artículos 326 en sus apartados 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en las que de nuevo se vincula la fuerza probatoria de los documentos privados (ya que precisamente es esto lo que se regula en el artículo 326 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil) a la intervención de un servicio electrónico de confianza de los previstos en el Reglamento UE 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, esto es, que estén firmados electrónicamente.

4.- La forma de proposición de la prueba digital debe ceñirse a lo establecido en el artículo 382 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que “las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte deberá acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido”. Conforme a este precepto la propuesta de este tipo de prueba consiste en el soporte mismo junto con el medio necesario para su reproducción ante el Tribunal. Si se acompaña transcripción resaltando los datos relevantes para el caso y es admitida como veraz por la otra parte, entiendo que podría obviarse la reproducción en la sala. En cuanto a la validez, el órgano jurisdiccional, con los medios a su alcance, podrá cotejar la realidad de los elementos que intervienen, emisor y receptor, y si se ponen en duda, la parte impugnante debe presentar un dictamen que cuestione la autenticidad, generalmente la adve-

ración de la cadena de custodia. Con todo, la realidad cotidiana demuestra que estas cuestiones pueden ser más simples de lo que parecen. Por ejemplo, en caso de correos electrónicos, basta con admitir las direcciones, aunque normalmente las partes suelen presentar los mismos; en supuesto de grabación de una conversación, su escucha parece ineludible salvo que se admita la transcripción por las partes involucradas. En este sentido es relevante destacar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de diciembre de 2020 ha admitido la revisión de hechos probados desde la prueba consistente en correos electrónicos, asumiendo su calificación como prueba documental.

5.- Mención especial merecen las conversaciones de WhatsApp, habitualmente presentadas mediante documentos que recogen pantallazos de las mismas, o el cifrado tras volcado a través de un ordenador. Como explica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de septiembre de 2020 “un mensaje de WhatsApp no es un documento (STS 26 de noviembre de 2012), sino que es un medio de reproducción de la palabra el sonido y la imagen de los regulados en el art. 382 a 384 LEC. Está regulado de forma separada a la prueba documental, su aportación al proceso es diferente, la valoración que ha de dársele a dicha prueba también es diferente por lo que no se tratan de medios de prueba equiparables sin que pueda admitirse la revisión fáctica con base a estos medios de prueba por no tratarse de prueba documental o pericial

... El WhatsApp como hemos indicado, es uno de los nuevos medios de prueba a los que se refiere el art. 299.2 de la LEC, frente a los medios de prueba tradicionales a los que se refiere el art. 299.1 de la LEC, y la prueba documental, que es la recogida en el art. 193 b) con eficacia revisoria, está recogida dentro de los medios de prueba tradiciones (en concreto puntos 2 y 3 del art. 299 LEC), y la diferencia entre unos y otros no solo se aprecia en el medio de prueba en sí ya que no solo se diferencia en la forma de aportación y práctica de la prueba, sino también en su valoración ya que mientras la prueba documental está sometida a un sistema mixto de valoración probatoria (tasada en determinados documentos públicos y privados, y libre en los restantes) los medios nuevos de prueba están sometidos al sistema de valoración libre ya que tanto en el supuesto del art. 382 LEC como en el supuesto del art. 384 LEC señalan que serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica”. Y esta misma doctrina rechaza que se pueda considerar como documento electrónico o informático (prueba documental) porque no puede ser firmado electrónicamente, para tener cabida como prueba documental.

6.- Si estas conversaciones no son admitidas, bastaría con cotejar los dispositivos que las contienen o bien, comprobar que los números implicados corresponden a las partes. En este punto es conveniente traer a colación una muy interesante doctrina formulada en la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que aclara los puntos crí-

ticos ante el trance de admisión de esta prueba y métodos para su práctica, extrapolable a otras similares. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2016, con doctrina reiterada en la de 16 de abril de 2021 explica que “no sólo es un medio de prueba válido, pese a no contemplarse en la LJS, sino que ya ha tenido plasmación normativa [en algunos convenios]; no obstante lo cual, habría que cumplir una serie de reglas. Porque, para considerar una conversación de WhatsApp como documento -a los fines del proceso laboral-, sería preciso que se hubiese aportado no sólo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, “pantalla-

zo” [...], sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que ésta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esto se podría haber conseguido a través de la aportación del propio móvil del Sr. [...] y solicitando que, dando fe pública, el LAJ levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que éste se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes; o, incluso, mediante la aportación de un acta notarial sobre los mismos extremos”. Y establece los escenarios posibles para aceptar como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) : “(a) cuando la parte

interlocutora de la conversación no impugna la conversación; (b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; (c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); o, finalmente, (d) cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores”; sin obviar “los riesgos que pueden existir de manipulación -a través de múltiples programas informáticos- de la conversación, imagen o números que se reflejan, lo que permite que el Magistrado que valore dicha prueba pueda rechazar su eficacia probatoria; o que la parte hubiese aportado una prue-



ba pericial informática reveladora que la inexistencia de alteración”. Igualmente se debe destacar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de diciembre de 2020 no permite la revisión de hechos probados desde las conversaciones de WhatsApp concluyendo que la posibilidad admitida en relación con los correos electrónicos “no lo entendemos extensible a un servicio de mensajería electrónica como el WhatsApp, máxime si tenemos en cuenta que en este caso el Tribunal Supremo sí ha indicado que no se trata de una prueba apta para la modificación de hechos probados (ATS de 21 de febrero de 2017)”.

En definitiva; no basta con la impugnación genérica, sino que, si se han desarrollado las comprobaciones de autenticidad, es necesario presentar algún dictamen pericial que pueda dar noticia de su manipulación o de las posibilidades de vulneración de la cadena de custodia.

7.- También es usualmente admitida la prueba de informe de detective privado, con aportación de informe escrito con fotografías, vídeo de las actuaciones llevadas a cabo con concreción del objeto de la vigilancia –hechos que luego se vierten en la carta de despido, momentos de trabajo para otra empresa o particular permaneciendo de baja por incapacidad temporal, etc.- y ratificación del mismo con interrogatorio del detective. La calificación técnica procesal que merece este medio de prueba es la de testifical, como explica la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020<sup>8</sup>, y que citando

<sup>8</sup> Se recurre en casación unificadora contra sentencia que declaró la procedencia del

a la ya antigua de 24 de febrero de 1992, concreta que la doctrina unificada ha venido manteniendo que la naturaleza jurídica de los informes de detectives, aunque se presenten por escrito, corresponde propiamente a una prueba testifical, que carece de utilidad para la modificación de los hechos probados en suplicación, porque “al no tratarse de un auténtico documento sino de meras manifestaciones testimoniales formuladas por escrito que por ello no pierden su verdadero carácter de prueba testifical o de una denominada prueba testifical impropia, que solo habría adquirido todo su valor procesal como tal prueba testifical de haber sido ratificada en juicio por sus firmantes, cuya valoración queda a la libre apreciación del juzgador de instancia, como se deduce, además, palmaria-mente de la redacción literal de los preceptos procesales reguladores” (Sentencia del Tribunal Supremo de 15/10/2014).

Reseñada su calificación, la valoración que ha de hacerse en el trance de admisión es de cuidadoso análisis de su génesis para controlar si se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales, forzando situaciones

*despido sobre la base de un informe de detectives, en el que es el detective quien fuerza una entrevista de trabajo con un abogado durante su jornada de trabajo. La sentencia de suplicación admitió dicha prueba contra el criterio del Juzgado, que la consideró prueba ilícita sin efecto probatorio, y modifica un hecho probado con base en un informe escrito del detective, que considera prueba documental. Se admiten los dos motivos de casación, porque la admisión de la prueba ilícita no fue ajustada a derecho, y porque no cabe modificar hechos probados con informes escritos de detectives, que no tienen la condición de pruebas documentales, al tratarse de pruebas testificales. Se devuelven las actuaciones a la Sala de procedencia para que resuelva sobre las demás cuestiones debatidas en suplicación.*

o provocando aspectos que cercenen la intimidad y la dignidad del trabajador. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo reseñada de 19 de febrero de 2020 se explica por qué se considera ilícita la prueba, lo que conlleva su inadmisión en sede de casación: “La prueba es ilícita, por cuanto la promoción de una consulta simulada, instrumentada por una detective privada contratada por la empresa, para probar que el demandante ejercía la abogacía por cuenta propia en horas de trabajo, forzada una y otra vez por la detective, quien rechazó ver al demandante fuera de sus horas de trabajo, supuso una clara acción coactiva sobre la voluntad del trabajador, así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables, que vulneró el derecho a la dignidad del trabajador, asegurada por el art. 10 CE, así como a su libre y espontánea determinación, como resalta la sentencia de contraste. - Dicha prueba no debió admitirse por la sentencia recurrida, ni tampoco permitir que desplegara plenos efectos probatorios, por cuanto el órgano judicial no puede, a tenor con el art. 11 LOPJ en relación con el art. 90 LRJS, fundar su decisión en pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales y libertades públicas, existiendo múltiples pronunciamientos, entre otros SSTC 98/2000, de 10/Abril; 186/2000, de 10/Julio; 29/2013, de 11/Febrero; y 39/2016, de 3/Marzo. Y SSTS 05/12/03 -rec. 52/03 -; 07/07/16



-rcud 3233/14 -; y SG 31/01/17 -rcud 3331/15 -), que han incorporado la doctrina anglosajona del “fruto del árbol emponzoñado”, en cuya virtud al juez se le veda valorar no sólo las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sino también las que deriven de aquéllas”.

#### **5.- UNA SOLUCIÓN PASA POR LA CONTESTACIÓN ESCRITA DE LA DEMANDA. OPORTUNIDAD PERDIDA EN LA REFORMA QUE VIENE.**

1.- El 27 de marzo de 2020, a propuesta de la inspección del Consejo General del Poder Judicial se creó un grupo de trabajo coordinado por Presidencia para elaborar un documento de propuestas organizativas y procesales para el escenario del día después del estado de alarma. Por lo que aquí interesa, en las conclusiones de ese grupo de trabajo se propuso introducir en el proceso laboral, y en algunos procedimientos, la contestación escrita a la demanda, como ya se hiciera en el juicio verbal civil.

2.- Finalmente, en el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal al servicio público de justicia, en lo atinente a la reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no se ha aceptado esta propuesta.

Podría haberse optado por una postura intermedia, para

admitir la contestación escrita en determinados procesos estrictamente documentales y con remisión básicamente al expediente administrativo, en donde se pudiera obviar la vista, pasando directamente al trámite de dictar sentencia. Y siempre a salvo de abocar los autos a una vista cuando cualquiera de las partes o el órgano jurisdiccional lo estimaran adecuado.

#### **6.- DE NUEVO<sup>9</sup>, ELOGIO DEL ARTÍCULO 87.6 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL.**

1.- Cada vez es más frecuente acudir al trámite previsto en el artículo 87.6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuando el volumen o complejidad de la prueba documental o pericial presentada en sala así lo aconsejen, como mecanismo especialmente relevante para evitar indefensión, por un lado, y por otro, para evitar el alargamiento de la vista con la rigidez del control de tiempo unida a la falta de estudio adecuado que provoca este escenario.

2.- Este precepto puede dar origen a la solución más adecuada, en la jurisdicción social, no sólo a la certificación de haber dado traslado de escritos, sino a la justificación de que también se ha dado traslado de documentación anexa sin necesidad de acudir a la oficina judicial. Compensa recordar que este precepto prevé que “si las pruebas documentales o periciales practicadas resulta-

sen de extraordinario volumen o complejidad, el juez o tribunal podrá conceder a las partes la posibilidad de efectuar sucintas conclusiones complementarias, por escrito y preferiblemente por medios telemáticos, sobre los particulares que indique, en relación exclusiva con dichos elementos de prueba, dentro de los tres días siguientes, justificando haber efectuado previa remisión a las demás partes comparecidas por los mismos medios”. Esto es, por un lado impone al profesional presentar el documento –también podría ser un soporte probatorio digital- por medios telemáticos y por otro, justificar que por ese mismo medio ha dado traslado a la otra parte, trámite que no es comprobado en su veracidad y en su realización, ni por la oficina ni por el órgano jurisdiccional.

En todo caso, si algún percance procesal o digital en materia probatoria, pudiera generar indefensión por atacar la igualdad de armas, el artículo 280 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 10 regula un sencillo trámite de nulidad con reposición y traslado adecuado de la prueba o del escrito.

<sup>9</sup> Por ya lo hicimos en *Radiografía digital de la jurisdicción social en España*. Colección: Cuadernos Digitales de Formación. Nº volumen: 3. Año: 2018, 29 páginas.

responsabilidad  
civil  
profesional

# TODO RIESGO PROFESIONAL

## Responsabilidad Civil y Penal, Defensa y Subsidio en Procedimientos Disciplinarios y Defensa y Reclamación sobre Derechos Laborales



En Iberbrok llevamos más de 25 años gestionando el colectivo judicial, ofreciendo cobertura a sus riesgos profesionales de forma estable y sin cambios.

Nos gustaría destacar de nuestra oferta:

- Nuestra propuesta es individual y por tanto **las garantías son personales e íntegras para cada asegurado**, sin depender de los resultados del colectivo (no hay cúmulos o topes generales para todo el colectivo).
- Al ser individual, no se ceden las decisiones sobre la protección del patrimonio personal a un tercero. **Cada asegurado es también tomador** y tiene la capacidad de decidir cómo, cuánto, cuándo y con quién quiere asegurarse.
- Esta es la única póliza del mercado que garantiza **libertad absoluta de elección de letrado**, sin más restricción en gastos que la suma asegurada total.
- En consonancia con la modificación del artículo 296 LOPJ, se cubre la **acción de repetición y la personación del asegurado en los procedimientos contenciosos** que se pudieran derivar de una actuación suya, en previsión de las posibles repercusiones que en forma de medida disciplinaria o de acción repetición pudiera tener dicho procedimiento.
- Se cubre la defensa y reclamación ante **cualquier conflicto laboral** individual que pueda tener con la Administración (nóminas, vacaciones, traslados, guardias, etc).
  - Está usted protegido contra las reclamaciones por **acoso laboral** y tiene derecho a ejercer acciones en caso de sufrir reclamaciones temerarias o infundadas tipo **(contrademanda)** de cualquier
- Las garantías se extienden a **jubilación, excedencias y herederos** de forma personal y sin estar vinculada a la continuidad de ninguna póliza colectiva
- Si la reclamación del tercero o la acción disciplinaria se inician durante la vigencia de la póliza, ésta **cubre aunque los hechos que las originen sean anteriores**.
  - **No tienen carencia ni franquicia**, cubriendo desde el primer céntimo de euro, tanto en responsabilidad civil, como en defensa y subsidio por inhabilitación disciplinaria.

Llámenos para solicitar más información, estaremos a su disposición para asesorarle profesionalmente.

  
**iberbrok**  
corredores de seguros

954 23 83 20  
iberbrok@iberbrok.es

# El libre desarrollo de la personalidad.

## Un contenido para un derecho

Luis Alberto Gil Nogueras

### 1.- La personalidad

Entre las múltiples acepciones que el término personalidad mantiene, me gustaría destacar la que obra dentro del diccionario de la RAE como diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra.

El término emana lógicamente del concepto de persona, en su sentido actual, como equivalente a ser humano.

Relacionado con ello y según la corriente filosófica a la que nos adscribamos, podemos concluir que la personalidad es una constatación del efecto que dimana de todo ser humano por el sólo hecho de serlo, y que el Derecho se limita a reconocer, o bien que es una creación de este último que la reconoce como facultad de todo aquél que reúne unos requisitos previamente establecidos, con un contenido cambiante según los tiempos y el Ordenamiento Jurídico imperante.

De seguir esta última corriente estamos ante un concepto dinámico en función, no tanto de la evolución del ser humano en cuanto especie, sino en atención al marco normativo del tiempo en que nos toca vivir. Por supuesto que plantear esto partiendo de los textos constitucionales o de las Declaraciones Internacionales hoy imperantes, puede parecer anacrónico, pero cabe recordar que aquéllos devienen tan sólo de hace menos de un siglo, y que

basta un recorrido por la Historia para relativizar las conclusiones iusnaturalistas que en muchos de ellos se contienen, fruto muchos de ellos de los traumas generados tras dos guerras mundiales.

En todo caso lo característico del término vendría a ser el hecho diferencial, la singularidad de cada uno de nosotros. Esta singularidad sin embargo lleva un proceso de construcción que se logra tanto por estímulos externos, cuanto por condicionamientos internos. En mi opinión resultaría ingenuo pretender que la personalidad es fruto de la autonomía personal de cada cual. No vivimos en una burbuja.

Y para conseguir ese resultado se hace necesario que el previo desarrollo se garantice a través de las referencias o modelos que uno cree o elija de modo voluntario.

### 2.- Un desarrollo libre

Las teorías neodarwinistas actualmente aceptadas vienen a reconocer que los seres vivos experimentan variaciones debidas a mutaciones que se producen al azar, lo que genera variabilidad entre los individuos de una misma especie.

Biológicamente el desarrollo se identifica con el conjunto de fenómenos fisiológicos que constituyen el crecimiento de los seres vivos. El devenir evolutivo creciente configura el término desarrollo. Por libre no hay que entender dentro de este contexto, a quien se entiende no sujeto a cualquier autoridad o poder, ni a quien niegue estar sometido a obligación o regla, sino a quien puede decidir lo que hace y el modo de hacerlo.

Un desarrollo libre supondrá por tanto una evolución creciente motivada por decisiones voluntariamente queridas por el sujeto.

### 3.- Reconocimiento jurídico

La CE en su artículo 10 establece que La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

A continuación apuntala la anterior afirmación cuando dice que Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en su art 8 dice: Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Existen otras normas interna-

cionales que de modo expreso recogen este derecho. En el territorio americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, en su artículo 29 expresa que: “Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.

Algunos derechos reconocidos en Declaraciones auspiciadas por la Organización de Naciones Unidas inciden sobre tal derecho, tanto con carácter general (En la Declaración universal de Derechos Humanos), cuanto de modo específico. Así en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en el artículo 8 se reconoce que Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Podemos en consecuencia afirmar que existe el reconocimiento internacional de este derecho, y también un doble reconocimiento interno, derivado de la norma constitucional cuanto de la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuer-

dos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

#### 4.- Un contenido

A la hora de sustanciar el contenido de un derecho se debe ser cauteloso. En primer lugar porque el Derecho siempre va a remolque de una realidad social continuamente cambiante, y porque igualmente el derecho subjetivo no permanece constante e invariable sino que también evoluciona. Por otro lado cabe recordar que no hay derechos absolutos y mucho menos cuando éstos entran en conflicto con otros derechos igualmente susceptibles de reconocimiento y protección.

Partamos por tanto de algunas resoluciones claves para poder concretar un alcance posible del mencionado derecho, un contenido.

El TC en su sentencia 99/2019, interpretando tanto el art 10 CE como la Jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dice: La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un

modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas.

Este nexo entre decidir sobre la identidad de uno mismo y el goce por la persona de autonomía para organizar su propia vida y sus relaciones personales es reconocido y afirmado por diversas instituciones de nuestro entorno jurídico, lo que muestra que sobre este vínculo existe un extendido consenso y así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia tiene un valor hermenéutico especial para este Tribunal, al abordar reclamaciones en que es relevante la situación de transexualidad alude expresamente a la protección del desarrollo personal y la pone en relación con “el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea” (por todas, STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto Y.Y. c. Turquía, § 57). En el mismo sentido el Tribunal ha destacado en numerosas ocasiones que el concepto de “vida privada” incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede en ocasiones comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Elementos tales como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH).

Podemos de aquí extraer una serie de aspectos concretos sobre los que proyectar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El primero estaba implícito en su propio concepto, la creación de una identidad, en la medida en que como se ha expuesto la personalidad viene a ser el reconocimiento y/o manifestación de un hecho diferencial respecto del resto de seres humanos.

Dentro de la creación de esta identidad, entendida como conjunto de rasgos propios de un individuo, el nombre y el sexo se integran como cualidades principales de la persona.

Unido al tema de la creación de una identidad propia, encontramos el necesario goce de autonomía de la persona para organizar su propia vida y sus relaciones personales con otros seres humanos y con el entorno que le rodea. Esta autonomía debe posibilitar opciones de relacionarse con terceros y todo aquello que rodea a un individuo, sin formar parte de él, lo cual incluye condicionamientos climáticos, orográficos normativos, religiosos, culturales e incluso jurídicos.

Por tanto un primer acercamiento al derecho nos conduce a una concepción de la libertad que le confiere a la persona la potestad para decidir autónomamente sobre sus diferentes opciones vitales.

En la Sentencia 93/2013 de 23 de abril 2013, el Tribunal Constitucional en relación a la regulación autonómica de las parejas de hecho, manifiesta que es elemento

esencial de la constitución de la pareja de hecho su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, y que «se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas» (STC 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4). Dado que la posibilidad de elegir una u otra opción –matrimonio o pareja de hecho– se encuentra íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección salvo en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio, como si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos, «de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2). Y esa libertad, así como la paralela prohibición de interferencia en su lícito ejercicio por parte de los poderes públicos, no queda limitada a la dimensión interna, «sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio» (STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3; y ATC 204/2003, de 16 de junio, FJ 2).

Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta.

A partir de aquí cabe ligar las opciones vitales con aquellas que se vinculan con las convicciones y creencias más íntimas de cada individuo, y que le permiten gobernarse libremente en la esfera jurídica de su autonomía privada.

Tras unos primeros acercamientos vayamos a otros supuestos concretos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 13 de febrero de 2003 el denominado caso Odièvre TEDH 2003/81, expuso La cuestión del acceso a sus orígenes y del conocimiento de la identidad de sus padres biológicos, no es de igual naturaleza que la del acceso al expediente personal sobre un niño acogido o la de la búsqueda de

pruebas de una paternidad solicitada. El Tribunal se encuentra en este caso ante una persona dotada de una filiación adoptiva que busca otra persona, su madre biológica, y que la abandonó al nacer y que solicitó expresamente el secreto de dicho nacimiento"... "La expresión "toda persona" del artículo 8 del Convenio se aplica tanto al niño como a la madre. (Lo cual da lugar a otro reconocimiento implícito que es el derecho al secreto o al olvido de los padres biológicos y que encuentra igual apoyo en el art 8 de la Convención) Por un lado está el derecho al conocimiento de sus orígenes que encuentra su fundamento en la interpretación amplia del campo de aplicación de la noción de vida privada. El interés vital del niño en su desarrollo ampliamente reconocido en el articulado del Convenio... Por otro lado, no se puede negar el interés de una mujer en conservar su anonimato para proteger su salud dando a luz en condiciones médicas adecuadas. En el presente caso la madre de la demandante nunca visitó en la clínica al bebé y por lo visto se separó de él con una indiferencia absoluta y no se alega que posteriormente expresara el menor deseo de conocer a su hija: no corresponde al Tribunal juzgar esta actitud, sino solamente hacerla constar. El Tribunal se encuentra en este caso en presencia de dos intereses privados difícilmente conciliables, que afectan por otro lado no a un adulto y a un niño sino a dos adultos que gozan cada uno de autonomía de su voluntad".

Podemos de aquí deducir que dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra el de conocer también nuestro origen biológico (hecho éste ya reconocido en otras resoluciones anteriores del mismo Tribunal) pero que al igual que éste existe el derecho al secreto u olvido de los padres biológicos.

La facultad de proyectar autónomamente nuestras relaciones con los demás, implica reconocer el mismo derecho para aquéllos que pueden querer todo lo contrario, esto es no mantener con nosotros ninguna relación.

La intención de constituir una vida familiar puede también, excepcionalmente incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 8 siempre que la ausencia de vida familiar plenamente establecida no sea imputable al demandante (STEDH Anayo c. Alemania ). En particular, la "vida familiar" puede también extenderse a la relación potencial que habría podido desarrollarse entre un padre natural y un niño nacido fuera del matrimonio (STDH Nylund c. Finlandia nº 27110/95). Los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar la existencia real de estrechos vínculos personales en estos casos incluyen la naturaleza de la relación entre los padres naturales y el interés demostrable del padre por el niño antes y después del nacimiento de este último ( STDH L. c. Pays - bas , nº 45582/99).

El artículo 8 protege la vida "privada" al igual de la vida "familiar" (STEDH Jäggi c. Suiza , nº 58757/00).

Consecuentemente a modo de recapitulación, este derecho asegura la adopción de las decisiones durante la existencia de los individuos que sean consustanciales a la determinación de su modelo de vida. Son aquellas decisiones que permiten al individuo dar sentido a su propia existencia, a crear su singularidad respecto del resto, a relacionarse con los demás y con su entorno, lo cual implica la obligación de respetar la posibilidad de actuar y sentir de manera diferente, fijar sus opciones de vida acordes con las propias elecciones y deseos.

Lo anterior incluye un amplio espectro de decisiones que abarcan desde el vestuario, aspecto, adornos, tatuajes, determinación de género, nombre, formar una familia etc...

## 5.- Los límites al Derecho

Al margen de algo ya expuesto anteriormente y es que el libre desarrollo de la personalidad de uno puede chocar con idéntico derecho de otro, lo cual implica la concurrencia de conflictos de intereses en similares derechos susceptibles de protección, el propio TEDH advierte que el Convenio Europeo tiene un carácter standard y que atribuye a los Estados firmantes un deber de evitar las injerencias en tal esfera, pero también prevé el deber de los ciudadanos de no violar los derechos que el



---

propio Convenio reconoce, y por refuerzo de ello los Estados miembros pueden adoptar una serie de injerencias que sean compatibles con lo que se pretende por el Convenio. Hay por tanto límites que operan por respeto a los derechos de los demás y hay límites que pueden actuar en función a los intereses de los Estados.

Para ello se requiere que tales límites estén previstos normativamente, que tales sean necesarios, pero los propios exigidos por una sociedad democrática para la persecución de un fin que se considere legítimo, y que entre tales límites y el fin haya una proporcionalidad.

A partir de ahí, entra en juego la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Con relación a la necesidad de reflejo normativo, se ha expuesto que el límite debe estar incluido en el ordenamiento jurídico con carácter previo a su aplicación. La norma debe tener la precisión suficiente para que un ciudadano pueda conforme a aquélla acomodar su conducta, siendo en su caso por sí o con el asesoramiento legal correspondiente ser capaz razonablemente de prever las consecuencias que le puedan acarrear la producción de un determinado acto. Para la determinación de la norma se ha expuesto por el TEDH debe de estarse al sistema de fuentes de cada estado miembro, su necesaria publicidad y el

control judicial eficaz sobre tales límites que garantice la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. No pueden tener la condición de norma aquellas instrucciones o circulares de orden interno si no adquieren una publicidad que permita su conocimiento por los ciudadanos. Por tanto no es tanto la forma que adopta la norma sino la publicidad que de ella se haga, aquello que debe guiarnos en la interpretación.

Relacionado con el carácter necesario del límite, el TEDH ha dicho que tal no resulta equiparable a indispensable, pero que implica la concurrencia de una exigencia social imperiosa que ha de quedar justificada por el Estado actuante. Rechaza la equiparación de necesaria con útil u oportuna. Debe por otro lado quedar garantizado el pluralismo ideológico y un equilibrio que asegure un trato justo a las minorías, como expresión de exigencia de toda sociedad democrática.

Sobre el carácter necesario que pueda emanar de conceptos como moral u orden público, el TEDH ha venido a poner de relieve las dificultades que entraña hallar una noción común en el seno del derecho interno de los Estados contratantes a tales, y permite bastante discrecionalidad a aquéllos, al estar mejor situados para apreciar sobre su alcance en función de las exigencias de tiempo y lugar. En todo caso como contrapartida deben de existir garantías suficientes y efectivas para evitar situaciones de abuso y como extensión de ello, recursos efectivos para que en caso de que tales se produzcan, exista la adecuada reparación.

Relacionadas con la proporcionalidad de la injerencia, destacar que el TEDH entiende que tal debe variar en función de la importancia del derecho que se vea afectado, siendo la necesidad de mayor importancia cuanto más se acerque el derecho limitado a la esfera más íntima del sujeto. Para asegurar esta proporción deben de tenerse en cuenta los cambios habidos en la mentalidad social desde que tal norma donde se aprobaba el límite aconteció. Ello remite al concepto de opinión social dominante aunque la disparidad de esta en los distintos Estados, recomienda que se sea cauteloso a la hora de decidir los límites.

Con carácter general también se ha expuesto que la interpretación de los límites ha de ser restrictiva.

También en base a determinadas circunstancias externas, se recogen posibilidades de suspensión del ejercicio de determinados derechos, siempre cumpliendo los requisitos de previsión, publicidad, necesidad, proporcionalidad, temporalidad y control. Ello por ejemplo ha podido ser comprobado recientemente en relación a las medidas adoptadas con la pandemia de la COVID donde se ha suspendido temporalmente una serie de actividades que restringían derechos de los ciudadanos y que directamente afectaban al libre desarrollo de la personalidad.

---



JUSTICIA

## ¿AÚN NO CONOCE SANTANDER JUSTICIA?

Un servicio exclusivo del Banco Santander para profesionales del mundo de la Justicia.

Descubra todas las ventajas.

Infórmese de las condiciones completas  
en su oficina Santander, en el 902 100 277  
o en [www.bancosantander.es](http://www.bancosantander.es)



Santander

# Despido y prueba lícita

María del Carmen Rodrigo Sáiz



Es discutida y compleja la calificación del despido si se sostiene en pruebas adquiridas ilícitamente, vulnerando derechos fundamentales. En una aproximación acomodada a la legalidad ordinaria, el artículo 90.2 L.R.J.S. dispone que no se admitirán pruebas que tuvieran origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. En sentido similar el artículo 287 L.E.C. y con carácter general el art. 11.1 L.O.P.J., lo que equivaldría a la no admisión de la prueba y el contenido que refleja sin poder acreditar el soporte fáctico y para la empresa la carga de aportar las razones que justifican la decisión, y la obligación de presentar otros elementos probatorios diversos, que de no aportación, determinarían sin más, la declaración de improcedencia, al ser rechazables esas pruebas que se intentan introducir con ataque a derechos fundamentales.

El art. 55.5 E.T. dispone que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de

discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

En ocasiones la quiebra es flagrante y no tiene una ninguna justificación mínimamente explicable o plausible. Mas la posición favorable a la improcedencia, ampliamente mayoritaria, se sustenta en la separación entre la actividad probatoria y el móvil del despido o la violación de derechos u libertades, distinguiendo entre la obtención de la prueba de los hechos imputados que es ilícita y no puede tenerse en cuenta, y la causa en sí del despido, que no sería nulo.

En múltiples sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, delimitando el concepto de prueba prohibida o ilícita se refieren a la prueba obtenida, directa o indirectamente, mediante vulneración de derechos fundamentales y señalan que la característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión del derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudosa que se lograra, de ahí que se exija una relación directa entre la violación del derecho y el resultado, de suerte que si tal relación no existe, aun habiéndose vulnerado un derecho, no estaremos ante una prueba prohibida sino ante un evento de naturaleza diferente.

El TC ya en ST 114/84 advierte, a propósito de comunicaciones grabadas que llegaron a conocer-



se por la empresa, que el hecho de que llegaran informaciones a la empresa por medio de un comportamiento que pudiera constituir en sí un quebrantamiento de un deber jurídicamente garantizado, como el de guardar reserva de confidencia, en referencia al secreto de las comunicaciones, es irrelevante, cuando no se trata de apreciar la legitimidad del despido, sino la regularidad procesal en la admisión de una prueba tachada de ilícita, que se agota en el objeto mismo de la grabación.

En la ST 196/04 determina la nulidad del despido en el caso de una trabajadora que es despedida tras un reconocimiento médico en que da positivo por consumo de drogas y es despedida por no ser apta, estimando el TC que se invade la esfera privada, la intimidad personal, sin habilitación legal, sin información expresa y consentimiento, con vulneración del art. 18.1 CE. En puridad constituye un hallazgo casual que lesiona un derecho fundamental, y el despido se provoca a través de los instrumentos utilizados, articulándose sobre una prueba que fortuita o no, buscada o no de propósito vulnera un derecho fundamental y la calificación que se considera por el TC es la nulidad, aunque el móvil no sea lesionar o quebrar derecho fundamental. La reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad.

El único fundamento de la nulidad es que la obtención de la prueba en que se basa el despido se ha conseguido con lesión de un derecho fundamental, haya sido motivado de forma casual o fortuita o no. Con mayor motivo habría de ser nulo aquel despido en que se persigue a propósito hallar pruebas incriminatorias desde el inicio aunque sea preciso atacar derechos fundamentales, sin contar con indicios que permitan esa indagación. Sin embargo, muchas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicias soslayan estas consideraciones, y sólo atienden al móvil del despido, cuando la realidad apoya que para tratar de buscar cualquier tipo de infracción laboral se realizan investigaciones prolijas que implican ataques a derechos fundamentales, que después simplemente se obvian y se convierten en despidos improcedentes. Partiendo de una actuación que entraña quebranto a derecho fundamental la reparación debe determinar la nulidad, según la tesis de la ST 196/04 porque no se cuenta con ninguna habilitación, autorización o consentimiento, o unas pautas que permitan comenzar la investigación con un mínimo de consistencia.

En la ST TC 29/13 se declara la nulidad de sanción impuesta a trabajador de una Universidad que fue captado por las cámaras de videovigilancia a través de las cuales se controló su horario laboral sin ser informado de que usarían para esa finalidad, considerando

---

---

vulneración del derecho contenido en el art. 18.4 CE diferenciado del derecho del art. 18.1. El presupuesto es una prueba obtenida con vulneración de derecho fundamental sin móvil atentatorio, que sin embargo determina la nulidad de la medida empresarial.

El T.S. no ha llegado a pronunciarse en ninguna ST. Aunque se atisba su entendimiento cuando en auto de 24-9-2019 distingue entre la decisión de despedir provocada por vulneración de derechos fundamentales con la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba. Sugiriendo que la utilización de medios para comprobar conductas sospechosas conllevaría la calificación de improcedencia. Así diferencia el despido de la sentencia de contraste que obedece a una prueba fortuita obtenida en un volcado de correos electrónicos de otra trabajadora que al ser utilizados vulneran el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones de la actora, mientras

en la de recurrida la decisión de despedir ya se había tomado por la empresa antes de recurrir a reunir elementos de prueba, entre ellos los que incurren en vulneración de derechos fundamentales.

El argumento sirve para acordar la inadmisión, pero es más dudoso sostener que el primer despido sea nulo provocado por infracción de derechos fundamentales pues se debió a un descubrimiento casual sin ningún ánimo quebrantador, mientras el segundo estaba ya precedido por la decisión de despedir y el móvil de violentar derecho fundamental no era preciso, aunque se atacó como así fue, para tratar de incardinar por el medio que fuese cualquier tipo de infracción laboral. En el primero no había intención alguna de atacar derecho fundamental y en el segundo no había reparo en ello, incluso antes de iniciar la recogida de pruebas. Parece, por tanto que el despido está provocado o producido con

infracción de derecho fundamental o con mayor fundamento que en el primer supuesto.

La STC 61/21 vuelve a incidir en la distinción entre los supuestos en que la decisión extintiva vulnera un derecho fundamental, con el despido en que ha habido lesión de derechos fundamentales en el proceso de obtención de la prueba, tras citar diversas sentencias en uno y otro sentido de Tribunales Superiores de Justicia, y descartando su función de interpretación de la legalidad ordinaria. Si bien hay otras ocasiones en que se ha embarcado en interpretación normativa e incluso de la que efectúa del conjunto normativo el T.S. (STS 140/21). Se descarta vulneración de la tutela judicial efectiva, aunque en cuanto se ha declarado la vulneración de los derechos de la trabajadora a la intimidad y al secreto de las comunicaciones ocasionados por la monitorización de su ordenador, se remiten las actuaciones al

---

Tribunal de suplicación para que resuelva sobre el derecho fundamental vulnerado.

Alude someramente a la STC 196/04 pero se remite a otras que no se refieren a prueba ilícita, que es el supuesto concreto de la 196/04 en que el despido fue declarado nulo basado en la obtención de datos en un reconocimiento médico, con vulneración de derecho a la intimidad personal.

Con esta exégesis se margina y hace irreal la segunda parte del art. 55.5 E.T., porque sólo se está aceptando la nulidad del despido cuando se aprecia un móvil que sea constitutivo de quebranto de derecho fundamental, despreciando aquél que también lesione derechos fundamentales pero no tenga ese móvil o ánimo, al deslindar distintos actos o momentos en lo que supone la decisión extintiva.

También se materializa un ejercicio conjunto de dos acciones que la ley procesal declara incompatibles, y que la trabajadora nunca ejerció en su demanda separadamente en el mismo proceso, puesto que su pretensión era la declaración de nulidad del despido por haberse vulnerado derechos fundamentales.

Y se hace abstracción de la STC 196/04 que queda diluida y se hace caso omiso, tal y refiere el voto particular, señalando que la interpretación que se ha efectuado no es la más acorde con la protección de los derechos fundamentales ni con su efectividad, porque la reparación de la lesión de un derecho fundamental debe conllevar la eliminación absoluta de los efectos de la decisión o medida, es decir la nulidad del mismo. Esa fue la consecuencia en las citadas ST TC 1964/04 y 29/13.

La casuística es inagotable y cada caso exige su análisis pormenorizado, pero en lo que atañe al TC hay sentencias que conducen a conclusiones bien distintas sin razonamientos explícitos, no argumentados sólidamente y sobre todo contradictorios que avalen esa diversidad de criterio, e insertan matices en la legalidad ordinaria ajenos a su función constitucional.



# DELIBERACIÓN

