



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO DEL
TRABAJO Y RELACIONES LABORALES**

***Los avances tecnológicos como fuente y medio de prueba ilícita
en el proceso social***

Trabajo de Fin de Master

Estudiante:

César Augusto Plasencia Robles

Tutor:

José Antonio Baz Tejedor

**Curso
2017 - 2018**

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	01
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES: LA PRUEBA ILÍCITA Y LOS AVANCES TECNOLÓGICOS EN EL PROCESO SOCIAL	03
1. El proceso social y la tutela judicial efectiva	03
2. La prueba en el proceso del trabajo	05
3. Límites al derecho de prueba: La prueba ilícita	07
3.1. <i>Aproximación teórica de la prueba ilícita</i>	07
3.2. <i>Poderes de vigilancia y control del empresario</i>	08
3.2.1. Concepto y limitaciones.....	08
3.2.2. Medidas de video vigilancia, grabaciones de audio y geolocalización.....	10
3.2.3. Control de computador, correo electrónico e internet.....	11
4. Las Nuevas Tecnologías en el proceso social: La prueba digital	12
4.1. <i>El derecho de intimidad y de protección de datos, el aura de privacidad del trabajador</i>	12
4.2. <i>Prueba digital, marco conceptual</i>	15
4.3. <i>Régimen Jurídico: Reproducción de palabra, sonido o imagen</i>	16
4.4. <i>Procedimiento y Valoración</i>	16
4.5. <i>Supuestos de prueba digital</i>	17
CAPÍTULO II: LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y DIVERSAS CONJETURAS DE PRUEBA DIGITAL (TANTO LICITA COMO ILÍCITA) EN EL PROCESO SOCIAL	19
1. La vulneración de los derechos fundamentales del trabajador a través de una fuente de prueba digital	20
2. La calificación de los despidos producto de una prueba ilícita digital	25
3. Problemáticas derivadas de la licitud de la prueba digital	28
3.1. <i>Tratamiento de la prueba digital como medio de prueba documental</i>	29
3.2. <i>La prueba digital en el recurso de suplicación</i>	32
CAPÍTULO III: LA VALORACION DE LA PRUEBA DIGITAL EN EL PROCESO SOCIAL Y LAS MEDIDAS HIPOTÉTICAS PARA AFRONTAR LAS DIVERSAS PROBLEMÁTICAS	35
1. De Barbulescu I a Barbulescu II: La reivindicación de los derechos fundamentales del trabajador	37
2. Hermenéutica compositiva de la calificación de despidos	44
3. La necesidad de un procedimiento propio para la prueba digital	45
CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	50

INTRODUCCIÓN

El contrato de trabajo como vínculo primigenio e ideal entre empleado y empleador genera una serie de obligaciones, no solo dentro del desarrollo del vínculo laboral (derecho sustantivo), sino también crea una ligadura de responsabilidad recíproca que puede ventilarse en vía judicial, por medio de los procesos sociales donde se debate el reconocimiento de un derecho que nace de la relación laboral (derecho adjetivo). En virtud del principio de progresividad, la ciencia jurídica, tanto adjetiva como sustantiva, ha evolucionado de manera más tuitiva hacia el trabajador, y para las partes del proceso. Esta realidad se justifica jurídicamente, no solo en la norma que es el instrumento para implementar mejoras a la ciencia del Derecho, sino también en los principios generales del derecho y el proceso.

Todos los países democráticos albergan en los cimientos de su república -monarquía constitucional para el caso concreto Español- una Constitución o Carta Magna denominada alguna vez por Kelsen¹, en Teoría pura del Derecho, como la norma hipotética fundamental o norma fundante básica, señalando que toda norma emana de otra norma, remitiendo su origen último a la Constitución, la cual es una norma presupuesta que responde a la convicción general, por lo cual debe obedecerse dicha norma que es a su vez considerada trascendental, no cuestionada y necesaria para ejercer la validez de un derecho.

En este contexto, se entiende que lo que emana de la Constitución tiene observancia obligatoria y necesaria para todos los que conforma un Estado. Bajo esta premisa, parte del núcleo duro de toda Carta Magna es la protección de los derechos fundamentales de las personas, que por el solo hecho de serla se encuentran investidas de dignidad humana. Bajo esta óptica, la protección de los derechos fundamentales de la persona se desarrolla y aplica a lo largo de todo desenvolvimiento social del ser humano tanto, al momento de exigir sus derechos, así como el momento de cumplirlos; esto abarca, de igual forma, el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, luego de este desglose doctrinario que permite centrar las variables del tema materia de debate, resulta relevante resaltar la importancia que tiene la protección de los derechos fundamentales dentro del proceso del trabajo y la influencia del uso de los avances tecnológicos en el proceso social.

Múltiples autores han escrito sobre la función de la prueba en el proceso, sindicándola como el fundamento principal de una *litis*, toda vez que, el lenguaje del proceso es el lenguaje de la prueba, y por medio de esta se busca llegar a la verdad material esperando que esta se asemeje a la verdad real. Así, el desarrollo de la prueba, dentro de la doctrina y la jurisprudencia a través del tiempo, ha evolucionado mejorando como instrumento técnico en favor del proceso y la búsqueda de verdad; es por este motivo, que dentro del proceso evolutivo de la prueba, a la par con la protección de los derechos fundamentales, llega a condenar a aquella que es obtenida vulnerando los derechos fundamentales de la persona.

¹ KELSEN H. *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1982, p. 134.

El proceso laboral no es la excepción y sanciona con la nulidad del medio probatorio a la fuente de prueba obtenida, transgrediendo los derechos fundamentales del trabajador, que por su situación de empleado, no deja de ser ciudadano con los deberes y derechos que otorga la constitución, toda vez que los derechos laborales son derechos adquiridos por el trabajador ciudadano para ser ejercidos por el ciudadano trabajador. La otra arista del tema sujeto de análisis es el uso de los avances tecnológicos dentro del proceso del trabajo y su funcionamiento en el centro de trabajo, el cual sirve como fuente de prueba en el proceso para demostrar el cumplimiento de responsabilidades por parte del trabajador o el empresario.

El problema materia del presente trabajo comprende, no solo el tratamiento de la prueba ilícita, sino también el uso de los avances tecnológicos como medio y fuente de prueba dentro del proceso, centrándose en el uso de la prueba ilícita digital de un proceso, en el que se contraponen el poder del control y vigilancia del empleador frente a los derechos a la dignidad, intimidad, secreto a la comunicaciones y -de carácter general- privacidad del trabajador.

Dentro de las principales interrogantes que sustentan el presente trabajo, se encuentra la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador en el proceso del trabajo debido al uso de los avances tecnológicos como fuente de prueba y la calificación de los despidos producto de una prueba ilícita digital. De manera adicional, luego que la prueba haya pasado el filtro de licitud, es importante analizar el tratamiento de la prueba digital como medio de prueba documental. Finalmente, la prueba digital en el recurso de suplicación, los dos últimos objetivos relacionados, más el tratamiento de la prueba digital en el proceso, tienen por finalidad culminar con el estudio de la prueba digital dentro de proceso social.

Para ello, los objetivos que persigue la presente investigación están enfocados; en primer lugar, en señalar el marco conceptual y evolutivo de la prueba ilícita y los avances tecnológicos en el proceso del trabajo; en segundo lugar, en plantear las cuestiones problemáticas que generan esta realidad social y jurídica partiendo desde la vulneración de los derechos fundamentales. Finalmente, plantear las hipotéticas soluciones a las conjeturas señaladas, utilizando para ello la realidad legislativa española así como los recursos bibliográficos necesarios que sustenten la presente investigación. Por lo tanto, los aspectos centrales a tratar en el presente trabajo son el *iter* doctrinario, legislativo y jurisprudencial de la prueba en el proceso social, la evolución de las nuevas tecnologías dentro del derecho del trabajo y el tratamiento de la prueba ilícita usando medios tecnológicos en el proceso social.

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES: LA PRUEBA ILÍCITA Y LOS AVANCES TECNOLÓGICOS EN EL PROCESO SOCIAL

1. El proceso social y la tutela judicial efectiva

El contexto evolutivo de la prueba y las nuevas tecnologías dentro del proceso social ha ido de la mano con el desarrollo progresivo de la ciencia jurídica y la informática. El primero de estos como parte de la tutela judicial efectiva y el segundo como facilitador de la vida del hombre y su desenvolvimiento en sociedad, llegando a tomar un papel preponderante en todas las actividades rutinarias del hombre, sobretodo en la vida laboral. Así, el proceso evolucionaba progresivamente en favor de los justiciables, buscando para ello un procedimiento adecuado a derecho que presente todas las garantías judiciales a las partes, ello incluye el irrestricto derecho a la no vulneración de los derechos fundamentales.

Parte de la evolución del proceso social se ve, no solo en la aplicación de la ciencia jurídica a la realidad procesal, sino que dicha práctica se ve revestida por ciertos derechos que vigorizan la función jurisdiccional. Un ejemplo claro de ello son el principio dispositivo y el de aportación de parte, que no solo señalan al juez como el gobernante del proceso y que las pruebas otorgadas al proceso sirven a la búsqueda de la verdad y no solo a las partes que la aportan, sino también otorgan amplias facultades al juzgador en materia probatoria con la finalidad de no generar indefensión de las partes tomando en cuenta la desigualdad real de las partes en la relación de trabajo que es el motor inspirador de la existencia del derechos del trabajo.

De manera adicional, la celeridad, economía procesal y oralidad, han sido los principales precursores de la evolución del proceso del trabajo haciendo este más eficaz, eficiente y efectivo al momento de impartir justicia y diferenciándolo sustancialmente de los procesos escriturales que resultan ser más dilatorios que el proceso social, tal como lo señala la propia legislación al dedicar un título entero a los principios del proceso regulados en los artículos 74° y 75° de la Ley 36/2011, del 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LJS). No obstante, esta serie de principios dan vida y actualizan al proceso frente a las necesidades de tutela de los justiciables, también existen deberes que regulan los máximos y mínimos, que tiene como base el respeto a la constitución y los derechos fundamentales de la persona. En tal medida, todas las instituciones e instrumentos que dan vida al proceso encuentran un límite en la Carta Magna al momento de desarrollar y establecer sus alcances. La constitución a su vez busca establecer mínimos y máximos en el ejercicio de los derechos de las personas, entendiendo que no existen derechos absolutos que puedan ser ejercidos por las personas.

Ahora bien, si de manera general se trata del derecho adjetivo en específico, el proceso social en España presenta importantes cambios debido al aumento de normas laborales que generó la necesidad de afianzar la celeridad procesal y reducir los gastos procesales, incluso estos cambios ayudan al juez en la búsqueda de la verdad material.

La doctrina² considera que existieron tres hitos importantes en la evolución del proceso social: el primero de estos fue la Ley de 1908, donde se extiende las competencias judiciales en materia laboral; el segundo hito se da con la creación de los comités paritarios que son entidades administrativas gubernamentales con funciones normativas y jurisdiccionales que reducen la función de los Tribunales industriales a los accidentes de trabajo; finalmente, el tercer cambio sustancial en el proceso social se da gracias a la segunda República, con la Ley del 27 de noviembre de 1931 en la que se deja de lado a los comités paritarios para que las funciones de estos sean asumidos por los jurados mixtos; todos estos hitos legislativos fueron importantes para sentar las bases de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 que junto con la promulgación de la Constitución de 1978 fueron los cimientos de la reforma laboral y los principios de la jurisdicción social.

De igual forma, resulta importante mencionar el proceso evolutivo de la tutela judicial de los derechos fundamentales como parte del proceso social. El marco de protección de los derechos fundamentales no solo salvaguarda los derechos fundamentales en pasivo, sino también al momento de accionar los mismos, es en este punto donde se justifica la regulación de la tutela judicial de los derechos fundamentales.

La Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 (BOE 29 de diciembre de 1978) -en adelante CE.- en su artículo 24.1 señala que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*; constitucionalizando de esta manera la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, individuos, personas físicas, nacionales o extranjeras, titulares de derecho e intereses legítimos, y frente a los poderes públicos. La importancia del acceso a la tutela judicial efectiva en el proceso, por su finalidad tuitiva permite que las partes accedan a la justicia en igualdad de condiciones y en un marco de protección de garantías. La normativa procesal laboral de manera más específica (artículo 75.1 - LJS.), señala en su parte *in fine* dentro de los deberes procesales que los órganos de justicia corregirán los actos que persigan un resultado contrario a la Constitución y la tutela judicial efectiva, garantizando la protección judicial efectiva de trabajadores.

En este mismo sentido, la doctrina brinda un alcance del fundamento de la tutela judicial efectiva en el proceso laboral, señalando que el proceso laboral está estructurado en base a elementos y principios esenciales como el principio de contradicción y el de igualdad, ambos recogidos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; de igual forma Montoya³ señala que el proceso del trabajo tiene como finalidad garantizar la efectiva protección jurídica de los trabajadores estableciendo para ello un proceso específico, ágil y económico. Finalmente, de manera más específica, el profesor Baz Tejedor⁴ desarrolla la figura de la tutela judicial de los

² PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *Derecho del Trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp. 801-802.

³ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 754-755.

⁴ BAZ TEJEDOR, J. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso del trabajo*. Lex Nova.

derechos fundamentales; la cual, al amparo de la Constitución, en su artículo 53.2 señala que *cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos (...) a través del “recurso de amparo” ante el Tribunal Constitucional*; al respecto, el autor estructura la garantía jurisdiccional preferente y sumaria para los derechos fundamentales laborales resaltando la importancia de jueces y tribunales como garantes naturales de los principios del proceso, salvaguardando los derechos de los justiciables quienes, solo a través del proceso, pueden canalizar su derecho a la tutela judicial efectiva, resaltando que la necesidad de proteger los derechos fundamentales resulta ser la finalidad o justificación del Estado de derecho; todo ello, como virtud y característica resaltante del juez ordinario que es el invitado natural a salvaguardar los derechos laborales, en virtud al principio del juez natural; no obstante, también existe el amparo constitucional que opera de manera subsidiaria como recurso extraordinario.

Resulta importante el valor que le otorga la Constitución, la normativa específica y la doctrina a la tutela judicial específica, así como a la tutela judicial de los derechos fundamentales. Toda vez que esta es la cima en la que se sustenta la importancia de tutelar los derechos del ciudadano-trabajador, reconocidos expresamente en la constitución y que producto de los nuevos acontecimientos sociales, exigen a la ciencia jurídica la regulación y/o protección de determinados acontecimiento que pasaban inadvertidos.

2. La prueba en el proceso del trabajo

La prueba es el elemento fundamental del proceso, pues a través de ella se busca demostrar las posturas de cada una de las partes y alcanzar la verdad material como fin del proceso. Tomando en cuenta la innegable utilidad de la prueba dentro del proceso, han buscado definir la prueba y su finalidad en el proceso. El profesor Taruffo⁵, la define como el instrumento que utilizan las partes para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos y tiene como función ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. De lo antes señalado, se colige que la prueba tiene dos acepciones marcadas: primero, como un instrumento de conocimiento, pues ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso; luego, sería un instrumento de persuasión que serviría solo para catequizar al juez, y convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. Así, la prueba es tanto un instrumento de conocimiento como de persuasión que utilizan las partes para sustentar sus posturas en el proceso y es el elemento principal en el que se basa el magistrado al momento de administrar justicia.

La prueba, al formar parte del proceso, no está exenta de los límites del mismo; por lo cual, la no vulneración de los derechos fundamentales alcanza no solo a los medios de prueba que se actúan en el proceso, sino a las fuentes de prueba por los que se consigue el mismo. Esta premisa juega un papel fundamental en el desarrollo del proceso, pues es la base de la justificación judicial al momento de emitir sentencia; no

Madrid. 2006, pp. 27-33.

⁵ TARUFFO, M., *La Prueba, artículos y conferencias*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2008, pp. 23-37.

obstante, ello tal como se viene detallando, si bien la finalidad del proceso judicial es el asemejar la verdad material a la verdad real y obtener un fallo acorde a derecho, este se logra con el respeto a las garantías procesales y garantizando el debido proceso.

Establecido el marco de referencia conceptual de la prueba, resulta importante analizar dentro del desarrollo evolutivo del proceso social en el marco jurídico español, el tratamiento que se le daba a la prueba de medios mecánicos de reproducción y palabra, así como a la obtenida, lesionando los derechos fundamentales, en su antecesor inmediato, la Ley de Procedimiento Laboral. Al respecto García-Perrote⁶ desarrolla algunas ideas que sintetizan el panorama de la época, el Real Decreto Legislativo 2/1995, del 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en su artículo 90 permite expresamente la presentación de medios mecánicos de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido, que antes era remitida a la norma civil, siendo esta la primera referencia normativa, en el proceso social, de lo que ahora se conoce como prueba digital; del mismo modo, se sanciona con prohibición de que la parte se valga o que el órgano judicial admita pruebas obtenidas, directa o indirectamente, mediante procedimiento que suponga la violación de derechos fundamentales y libertades públicas, ambas medidas se consideraron novedosas para la fecha. Asimismo, en alusión a derecho de prueba resulta importante señalar que se consideraba que no por el mero reconocimiento de un derecho, este puede ser operativo plenamente, estableciendo para ellos los máximos y mínimos legales permitidos para su ejercicio. Finalmente, dentro del contexto de la época, se criticaba el excesivo margen de maniobra del empleador sobre el trabajador y se sostenía que las medidas de vigilancia y control del empresario tienen un límite en la dignidad humana del trabajador al cual le asisten sus derechos como ciudadano tanto dentro como fuera del centro de trabajo.

A mayor profundidad, la doctrina de la época, previa a la promulgación de la Ley de la jurisdicción social, no solo condena la prueba obtenida, vulnerando los derechos fundamentales y las libertades públicas, sino que va más allá, señalando que el problema no se origina al momento de la actuación probatoria, sino va más allá del mismo y nace en un momento previo al proceso, que es donde se debe valorar los límites del poder empresarial, señalando que el límite al poder de dirección es el parámetro adecuado para valorar la extensión de la prohibición de los medios de control; así, el límite al dominio empresarial va tomando forma como medida de defensa a la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores.

Esta tendencia proteccionista que busca ponderar los derechos fundamentales de los trabajadores en contraposición con el poder de dirección empresarial va evolucionado a lo largo del tiempo y pasa a ser analizada más allá del punto de vista netamente de derecho, hasta llegar a analizar la técnica procesal. Así se habla de la licitud de las fuentes de prueba, haciendo una distinción entre la licitud de la fuente de prueba y la legalidad del medio de prueba. Al respecto, la legalidad se da cuando el

⁶ GARCIA- PERROTE ESCARTIN, I., *La prueba en el proceso del trabajo*, Civitas, Madrid. 1994, pp. 124-141

medio de prueba se desarrolla de acuerdo a lo previsto en la norma, mientras que la licitud tiene que ver con la vulneración o no de los derechos fundamentales al momento de obtener esa fuente de prueba.

Es por ello que en la actualidad, la legislación ordinaria establece un marco de regulación específico para la prueba y su finalidad en el proceso, señalando dentro de las características más resaltantes la utilidad y pertinencia, reconociendo dentro de ellos a los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que en puridad vendría a ser la utilización de los avances tecnológicos como fuentes de prueba, así como condena la utilización de medios probatorios obtenidos bajo la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

3. Límites al derecho de prueba: La prueba ilícita

3.1. Aproximación teórica de la prueba ilícita

Definido lo que se entiende por prueba, es importante señalar los límites de la misma, como se había detallado *up supra*, el ciudadano asiste a la justicia en busca de una tutela judicial efectiva, este principio propio del proceso se encuentra investido de garantías jurídicas que buscan evitar los abusos dentro del proceso que afecten no solo derechos de las partes, sino que terminen por repercutir en el mismo. Uno de los límites de proceso, es en la obtención de los medios de prueba, pues estos deben realizarse sin vulnerar los derechos fundamentales de las personas caso contrario el medio probatorio sería considerado ilícito lo que doctrinariamente se conoce como la prueba ilícita.

El primer antecedente normativo de la regulación sobre la prohibición de la prueba ilícita se encuentra en la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial la cual, en su articulado 11.1, dispone que todo procedimiento parte del principio de buena fe, por lo cual no surtirán efecto las pruebas obtenidas violentando los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Asimismo, esta regulación tuvo su origen en la jurisprudencia, específicamente en STC 114/1984, del 29 de noviembre⁷, la cual citando a la jurisprudencia anglosajona (*United States v. Janis - 1976*) declara que «... *la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...*»

En tal sentido, esta doctrina que nace del sistema anglosajón como un límite a las fuerzas del orden, evoluciona hasta prohibir dentro del proceso cualquier medio de prueba obtenido de una fuente que vulnere los derechos fundamentales de las

⁷ Tribunal Constitucional (29/11/1984), recurso 167/1984

personas, puesto que si bien la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad material y que esta se asemeje lo más posible a la verdad real, todo ello no puede hacerse vulnerando los derechos fundamentales de las personas, estableciendo un límite a la verdad ya que esta no puede ser obtenida a cualquier precio.

Finalmente, resulta importante resaltar que a lo largo del proceso evolutivo de la doctrina de la prueba ilícita, esta se ha orientado en dos vertientes: la primera es anglosajona que busca disuadir a los agentes públicos del uso de pruebas que supongan violación de derecho; la segunda es continental, puesto que la regla de exclusión es una garantía constitucional, no solo frente a agentes públicos, sino también privados.⁸

Desglosado el origen y evolución de la prueba ilícita a fin de delimitar un alcance conceptual se considera que tiene dos posturas⁹: una amplia y una estricta; la primera, considera que es prueba ilícita la que se obtenga vulnerando cualquier norma del ordenamiento jurídico; mientras que la segunda, señala que el concepto se limita a la que es obtenida vulnerando las libertades públicas y los derechos fundamentales. La postura aceptada actualmente es la tesis estricta, pues se considera prueba ilícita aquella que es obtenida vulnerando los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas.

Dicho esto, existe importante delimitación que se debe hacer respecto a la prueba ilícita. En primer lugar, la distinción entre prueba lícita y prueba ilegal- como se ha mencionado- la prueba es ilícita cuando se obtiene lesionando derechos fundamentales y libertades públicas, en cambio la ilegal es aquella que vulnera cualquier norma de rango infra constitucional. La diferencia sustancial radica en que la prueba ilícita si es inadmisibile; en cambio, la ilegal si podría ser admitida. Otra importante distinción que permite esclarecer la definición completa de la prueba ilícita es la diferencia sustancial entre medio de prueba y fuente de prueba, aquí la diferencia radicaría en que la ilicitud refiere a la fuente de prueba como realidad externa, que luego sería introducido al proceso como medio de prueba, en puridad la judicialización de la prueba es lo que convierte una fuente de prueba en un medio de prueba.

3.2. Poderes de vigilancia y control del empresario

3.2.1. Concepto y limitaciones

La prueba ilícita dentro del proceso social tiene importantes particularidades, toda vez que esta rama del derecho es sustancialmente distinta a las demás, en la medida que en el derecho del trabajo las partes no participan en condiciones de igualdad; así, una diferencia sustancial en el proceso social respecto de otros procesos

⁸ PRECIADO DOMÉNECH, C. y PURCALLA BONILLA, M., *La prueba en el proceso social*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp.93.

⁹ LOUSADA AROCHENA, J., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Aranzadi Social*, N°05, 2006, pp. 825-838

es el poder de vigilancia y control del empresario, al cual se somete voluntariamente el trabajador al momento de suscribir el contrato de trabajo y por el cual el trabajador se obliga cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, tal como lo señala el estatuto de los trabajadores. Asimismo, el Real Decreto Legislativo 2/2015 del 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), en su artículo 20.3 señala que el empresario podrá, a razón de las facultades otorgadas por el contrato de trabajo, adoptar las medidas que considere más oportunas para la vigilancia y control, a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador siempre teniendo en cuenta la dignidad humana del trabajador.

No solo la legislación ha establecido la extensión y los límites del poder de vigilancia y control del empresario, sino también la doctrina de manera más detallada, señalando donde terminan estos derechos y donde inicia la protección de los derechos laborales del trabajador. En primer lugar, el profesor Goñi¹⁰ señala que el poder de control constituye una particular dimensión del poder directivo que se le reconoce al empresario; sin embargo, este se encuentra limitado por el artículo 10.1 CE que consagra conjunta y simultáneamente la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes. En ese mismo sentido, Fabregat¹¹ separa el poder de vigilancia y control de empleador, en poder ordinario y extraordinario, los cuales están delimitados en parámetros que no vulneren ni atenten contra los derechos fundamentales de los trabajadores. E autor señala la necesidad de una concurrencia o indicio de incumplimiento laboral, la obligación de aviso previa a los representantes de los trabajadores, etc. En específico, centrando la materia en los avances tecnológicos, Marín Alonso¹² desarrolla el control empresarial sobre el uso de correo electrónico; así establece que existe un nuevo sistema de trabajo, basado en tecnologías informáticas que dejaron atrás el sistema fordista; sin embargo, este nuevo sistema se encuentra limitado de igual forma, respecto al control empresarial, en los derechos fundamentales del trabajador comprendidos en el artículo 18 CE y básicamente, en el secreto de las comunicaciones. Finalmente y de manera más genérica, Martínez¹³ señala que el poder de control del empresario, si bien es una facultad propia otorgada por la normativa laboral que permite verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del trabajador, esta debe cumplir con dos presupuestos o elementos esenciales: en primer lugar, la presencia de parámetros previamente conocidos y establecidos, tanto de quien ejerce el control como del sujeto que ejerce la actividad controlada; en segundo lugar, el juicio de adecuación del objeto controlado a los parámetros sobre los que se realiza la verificación.

¹⁰ GOÑI SEIN, J., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 109-118

¹¹ FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 21-36

¹² MARÍN ALONSO, I., *El poder de control empresarial sobre el uso de correo electrónico en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 79-91.

¹³ MARTÍNEZ FONTS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Colección Estudios, Madrid, 2002, pp. 20-22

En este contexto, que diferencia al derecho del trabajo de otras ramas del derecho, por medio del poder de vigilancia y control, es de donde el empresario obtiene sus fuentes de prueba, las cuales pueden ser adquiridas transgrediendo sus derechos fundamentales y libertades públicas; es ahí donde se plantea su ilicitud, toda vez que el trabajador tiene derecho a la intimidad y dignidad, tanto dentro como fuera de la relación laboral; es por ello que el contrato de trabajo no puede considerarse como una medida de limitaciones de derechos fundamentales.

Dicho esto, resulta entendible que los poderes de vigilancia y control del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores, se limitan recíprocamente, pues en un primer plano los derechos del trabajador deben adaptarse a las necesidades organizativas de la empresa; no obstante, ello es también cierto que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador ya que estos son impermeables a la situación laboral del ciudadano trabajador. Así las cosas, para poder ponderar cual derecho debe ser tutelado, se deben recurrir al test de proporcionalidad.

3.2.2. Medidas de video vigilancia, grabaciones de audio y geolocalización

El estatuto de los trabajadores permite al empresario adoptar las medidas que se estimen oportunas para la vigilancia y control a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales, *contrario sensu*, es la misma norma la que reconoce en la relación laboral el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador. (ET. artículo 4.2. e).

Para el caso en concreto, producto de los avances tecnológicos, se considera una manera óptima de ejercer la facultad de control y vigilancia bajo medios electrónicos, los cuales suponen un tipo de regulación distinta a la planteada y nuevas problemáticas para la ciencia del derecho. En la videovigilancia se entiende que el derecho fundamental afectado es la intimidad del trabajador y en cierta medida también el derecho a la propia imagen; en la audiovigilancia, si bien esta puede ejercer cierto impacto en la intimidad, afecta en mayor medida al secreto de las comunicaciones, cuando dicha grabación tiene por objeto el contenido de una comunicación; finalmente, con la geolocalización, sea en el vehículo o en los dispositivo teléfonos móviles que facilita el empresario, es una afectación flagrante al derecho de intimidad; aunado a todas estas posibles vulneraciones de los derechos laborales de los trabajadores, también existe la posible vulneración al derecho de protección de datos personales, según el Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016, Reglamento General de Protección de Datos (En adelante RGPD)

Es por ello que existen una serie de requisitos¹⁴ que ayudan a determinar cuándo una prueba obtenida por audio y video es lícita: en primer lugar que se obtenga del regular ejercicio de vigilancia y control, ello implica que no se consideran idóneas las medidas de video vigilancia que realizan en lugares de la empresa donde no se

¹⁴ PRECIADO DOMÉNECH, C. y PURCALLA BONILLA, M., *La prueba en el proceso social op. cit* pp.136-139

desarrolla prestación laboral; sin embargo, se considera lícito los controles en las puertas de aseo siempre que no se visualice el interior; en segundo lugar que se hallen destinadas a verificar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador; por ello, no se considera apta la grabación indiscriminada de voz, pues esta supone una mayor intromisión a la intimidad del trabajador; en tercer lugar, resulta importante la advertencia previa al trabajador de la medida de vigilancia y que las imágenes y sonidos captados no se utilicen para fines distintos al previsto para los que el trabajador ha sido informado; sin embargo, este requisito podrá ser exceptuado en caso el empresario tenga indicios razonables que permitan suponer la realización de actos contrarios a la buena fe; finalmente, como último punto, el respeto por la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, estando sujetas las medidas de vigilancia por video y audio al test de proporcionalidad y verificar si cumple con los tres filtros previsto: juicio de idoneidad, que la medida tomada sirva para conseguir el ejercicio propuesto; juicio de necesidad, que sea la medida menos lesiva; finalmente, proporcionalidad en sentido estricto, referente a la ponderación o equilibrio sobre cual derechos se vería más afectado a falta de tutela.

3.2.3. Control de computador, correo electrónico e internet

El uso del computador, dentro del centro de trabajo, y su uso como herramienta de trabajo, no solo es de uso común sino en la actualidad resulta imprescindible para el correcto desarrollo de la empresa que emplee herramientas tecnológicas para optimizar todo sus procesos de producción o desarrollo. Así, con el uso del computador entro a tallar las diversas herramientas informáticas que permiten a los trabajadores estar interconectados, tales como el correo electrónico, las redes sociales y en general la internet. La generalización de estas herramientas informáticas han generado nuevas problemáticas y particularidades en el límite de los poderes de vigilancia y control del empresario para con sus trabajadores, en concreto la afectación a la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador. Partiendo del hecho de que estos medios electrónicos tienen titularidad empresarial, toda vez que el empresario otorga los mismos al trabajador a fin de potenciar sus funciones en el cumplimiento del trabajo, por lo cual le corresponde a cada empresario controlar y fijar las condiciones de uso de las herramientas de trabajo, así como delimitar el alcance del poder de vigilancia y control de cumplimiento de las funciones y deberes del trabajador respecto a las herramientas informáticas, todo ello salvaguardando los derechos fundamentales.

La problemática de la prueba ilícita se centra en garantizar los derechos fundamentales frente a las intromisiones ilegítimas por parte del empresario, siendo el derecho a la intimidad, secreto de la comunicación y protección de datos personales que se ven vulnerado de manera más directa.

Ahora bien, la protección de los derechos antes mencionados ha sido materia de análisis por la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria. De esta forma, respecto a la protección de datos personales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Copland vs. United Kingdom* -STEDH del 3 de abril del 2007

(TEDH 2007, 23)¹⁵ - señala que el recojo y almacenamiento de información personal relativo a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por internet corresponden una injerencia al respeto de su vida privada y de su correspondencia. Respecto al secreto de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional (STC 175/2000, del 26 de junio)¹⁶, sostiene que la Carta Magna garantiza la reserva a terceros rechazando la interceptación antijurídica de comunicaciones ajenas. Finalmente, respecto al derecho a la intimidad, el máximo intérprete de la constitución señala (STC 173/2011, del 7 de noviembre)¹⁷ que la protección se extiende al contenido de los correos electrónicos, puntuando que el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal forma parte del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido.

4. Las Nuevas Tecnologías en el proceso social: La prueba digital

4.1. El derecho de intimidad y de protección de datos, el aura de privacidad del trabajador

El derecho a la intimidad personal ha mostrado un desarrollo progresivo en el sistema jurídico español; así pues, la Constitución Española (CE. artículo 18.1) reconoce a las personas una serie de derechos fundamentales y libertades públicas entre los que se encuentra el derecho a la intimidad personal y familiar. No obstante ello, el máximo intérprete de la constitución señala (STC 57/1994, del 28 de febrero)¹⁸ que *“el derecho a la intimidad no es absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”*

Una vez entendido esto, resta cuestionarse cuál es el alcance del poder de vigilancia y control que ejerce el empresario sobre el trabajador. Pues bien, existen muchos ámbitos en los que el empleador puede transgredir este derecho, entre ellos el control sobre conversaciones privadas, la video vigilancia, entre otras; todas ellas aprobadas por la norma sustantiva justificada en la necesaria protección del patrimonio empresarial. (ET, artículo 18)

La afectación al derecho de intimidad del trabajador puede verse vulnerada en distintas etapas de la relación laboral, así se puede vulnerar la intimidad del trabajador antes del inicio de la relación laboral o al momento de la contratación, si el empresario o personal de recursos humanos deciden indagar sobre cuestiones privadas de la persona; por ejemplo, aspectos de índole ideológica (políticas religiosas) durante la vigencia de la relación laboral, el estatuto de los trabajadores (ET. artículo 20.3) otorga al empresario la facultad de adoptar las técnicas de vigilancia y control que estime oportunas; si bien, este precepto no recoge exhaustivamente las medidas, pero sí viene limitado por el respeto de la dignidad de la persona. Como se ha mencionado, el control

¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (03/04/2007), TEDH 2007/23

¹⁶ Tribunal Constitucional (26/06/2000), recurso 2.341/97

¹⁷ Tribunal Constitucional (07/11/2011), recurso 5928-2009

¹⁸ Tribunal Constitucional (28/02/1994), recursos 2.302/90 y 1.445/91

dentro de la relación laboral se viene desarrollando con la instalación de medios audiovisuales en las zonas de trabajo; al respecto, el Tribunal Constitucional ha involucionado en cuanto a la respuesta de la vigilancia por medio de sistemas electrónicos toda vez que con anterioridad era obligatoria la existencia de una “previa, expresa, precisa, clara e inequívoca información a los trabajadores” (STC 29/2013, del 11 de febrero)¹⁹, en el año 2016, con el caso “Bershka” (STC 39/2016, del 03 de marzo)²⁰ se omite, por parte del tribunal, el requisito de información previa a los trabajadores de la instalación de cámaras.

Ahora bien, respecto a la protección de datos personales es importante señalar que la evolución tecnológica como parte del desarrollo social influye de manera regular en el desarrollo diario de los seres humanos, tan es así que resulta imposible imaginar la realización de actividades rutinarias sin recurrir a los avances tecnológicos, al respecto “*Google consumer barometer*”²¹ señala que en todo el 2017 un 77% de la población española usa un teléfono inteligente (21% más que hace 5 años), un 74% usa un ordenador (media que se mantiene desde el 2012), y al menos un 84% de los españoles ingresa a internet diariamente (media que se mantiene desde el 2012), fenómeno que aumenta en la población de 16 a 25 años de edad, de los cuales un 97% de ellos se conectan a internet diariamente (el 100% en el 2016), es por ello que no resulta exagerado afirmar que nos encontramos frente a una era tecnológica que diariamente se encuentra exponiendo sus datos a internet, situación que encarna riesgos frente al manejo y tratamiento de los mismos.

Dicha situación de conectividad y uso de las nuevas tecnologías, se ha trasladado a las empresas, puesto que gracias a internet se ha permitido el desarrollo de una inmensa cantidad de sistemas operativos, que le brindan mayor eficiencia, eficacia y efectividad; a su vez, ofrece muchas facilidades en todo el proceso productivo, siendo los trabajadores beneficiados por esta evolución tecnológica, al incluir ordenadores, teléfonos inteligentes entre otros aparatos como parte de sus herramientas de trabajo; este cambio ha fijado nuevos retos para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, en la medida que todos estos medios tecnológicos están de forma permanente registrando datos personales que reposan en almacenes de datos virtuales al alcance del empleador. Así, de la mano de la evolución social, se produce la evolución jurídica en la protección de datos personales, en especial en el derecho del trabajo, al respecto la normativa constitucional desarrolla la necesidad del correcto manejo y protección de datos personales al señalar que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (CE. artículo 18.4), en concordancia con lo señalado por la Carta Magna. La doctrina define este derecho como la protección constitucional a la *libertad informática*, la cual a razón del Tribunal Constitucional (STC 254/1993, del 20 de julio)²², es “el derecho a la libertad frente a la potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un

¹⁹ Tribunal Constitucional (11/02/2013), recurso 10522-2009.

²⁰ Tribunal Constitucional (03/03/2016), recurso 7222-2013.

²¹ <https://www.consumerbarometer.com/en/trending/?countryCode=ES&category=TRN-NOFILTER-ALL>

²² Tribunal Constitucional (20/07/1993), recurso 1.827/90

uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”.

A nivel de legislación europea, los principios del articulado quinto de RGPD es la norma marco bajo la cual se rige el derecho fundamental de autodeterminación informativa de las personas, el cual no es más que es el “*ejercicio por cada uno de la propia libertad, ese término con el calificativo «informativa» indica definición o control por el afectado de la información que le concierne*”²³; así, los principios de licitud, lealtad y transparencia son lo que regirán los máximos y mínimos de protección de datos personales de la persona del trabajador.

Teniendo en cuenta la necesidad legislativa frente a tal problema en España, nació la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 del 13 de diciembre, que en el artículo 1º señala que la misma tiene por objeto “garantizar y proteger (en adelante LOPD), en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.” (Cabe mencionar en este punto que el 25 de mayo del 2018 entro en vigor el RGPD, que al igual que su antecesora, está inspirada en los mismos fundamentos protectores sobre la intimidad de las personas y para el caso en concreto del trabajador)

En aras de lograr su cometido, la Ley Orgánica de Protección de Datos establece una serie de principios frente a la protección de los datos personales y es donde inserta criterios como el de adecuación, pertinencia, congruencia, licitud y finalidad determinada para el tratamiento de los datos (LOPD artículo 4º). No obstante, como se había mencionado con antelación, esta no es una respuesta aislada solo de la legislación española, sino es una realidad latente en toda Europa; por eso, el Reglamento Europeo a la Protección de Datos busca resolver uno de los más antiguos problemas que se ha venido dando de manera sistemática en la normativa laboral de los países miembros de la Unión, la cual es la falta de una normativa específica en relación a medios tecnológicos como forma efectiva de control en el lugar de trabajo.²⁴

En esta línea de ideas, debemos tomar en cuenta como parte de la problemática planteada, la disparidad que existe entre sentencias del Tribunal Constitucional en relación a la información otorgada por la empresa en torno al almacenamiento y uso de datos del trabajador. Este inconveniente será superado con el Reglamento de la Unión Europea, que establece el tratamiento que se debe dar a la protección de datos del trabajador:

“1. Los Estados miembros podrán, (...), establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral (...).

²³ MURILLO DE LA CUEVA, P., “Perspectivas del derecho a la autodeterminación informática”, *Revista de internet, derecho y política*, N° 05, 2007, pp.18-32.

²⁴ PRECIADO DOMÉNECH, C., “La videovigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista de Derecho Social*, N°77, 2017, pp.165.

2. Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana (...), prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo.” (RGPD, artículo 88°)

Así, queda claro que la finalidad del Reglamento no solo es proteger los datos de los las personas (y en específico de los trabajadores, conforme lo señala el artículo material de análisis referente a la regulación laboral), sino de optimizar las medidas adecuadas a cada legislación particular para garantizar a perpetuidad el cumplimiento de esta normativa; por lo cual, es necesario hacer énfasis a lo establecido en el citado artículo y en atención a la oportunidad que se presenta para que el legislador garantice los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo y la transparencia del tratamiento de datos.

De los conceptos antes analizados, se puede sintetizar que si bien resulta importante la protección a la intimidad del trabajador y la protección de datos personales, lo que se protege es un concepto más amplio que abarca a las aristas antes estudiadas, esto es la protección a la privacidad del trabajador, que está ligado con la presunción respeto a la esfera privada del trabajador por parte del empleador, como límite del poder de dirección del empresario.

4.2. Prueba digital, marco conceptual

En este contexto, dentro del proceso social, ya teniendo claro que la prueba es parte fundamental y motor del mismo, la prueba digital se incorpora como fuente primigenia e idónea para acreditar ciertas conductas propias del desarrollo de la relación laboral y de diario interactuar entre empleador y trabajador.

La tecnología ha pasado de tener un papel meramente asistencial en el desarrollo del ser humano, a ser parte fundamental del mismo, esta evolución social ha generado todo un abanico de posibilidades nuevas dentro de la ciencia jurídica. Así, en el desarrollo de la relación laboral la existencia de nuevos medios de comunicación, como el correo electrónico (Gmail, Outlook, Yahoo, etc), las redes sociales (Facebook, Twitter, Instragram, etc) y los programas de mensajería instantánea (Whatsapp, Messenger, Telegram, etc), se ha convertido en moneda de cambio habitual y por consiguiente en principal fuente de prueba por parte del empleador en busca de acreditar el cumplimiento o no de una obligación o conductas sancionables. Producto de lo antes señalado, existe una gran dispersión terminológica del concepto de prueba digital puesto que tanto la doctrina como la legislación lo han denominado de diversas formas: desde considerarla un *“medio de reproducción de la palabra, sonido e imagen”*, pasando por *“instrumento que permite archivar y conocer datos relevantes para el proceso”* y las diversas distinciones doctrinales acorde a las características principales de cada una de ellas: prueba por soporte informático, prueba audio visual, prueba informática, prueba digital, prueba telemática, medios de reproducción y los instrumentos de archivo. No obstante ello, en la búsqueda de

sintetizar un concepto tan amplio y tan antiguo, Abel²⁵ define la prueba digital como la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para adquirir convencimiento de la certeza sobre un dato controvertido en el proceso.

Bajo esta premisa, la propia normativa adjetiva laboral (LJS. artículo 90) establece los parámetros del uso de la prueba digital al señalar que se incluye dentro de la prueba “*los procedimientos de reproducción de palabra, imagen, sonido o reproducción de datos*”, limitando aquellos que son obtenidos vulnerando los derechos fundamentales. Sin embargo, dentro del derecho adjetivo no se agota la definición de la prueba, solo con su positivización en cuerpo normativo, sino también en la función de la prueba digital dentro del mismo, así se considera que puede ser objeto de prueba (pericia para determinar la autenticidad de un correo electrónico), medio de prueba (correo electrónico o mensajes que sindiquen una conducta inapropiada del trabajador que sea pasible de despido o sanción), o ambas cosas.

Así, planteado el panorama, se concluye que la definición de prueba digital, resulta difícil de realizar toda vez que es un concepto muy ambiguo y muy amplio que abarca diversas formas de uso de la tecnología, no obstante ello para los fines del proceso social, este se encuentra regulado en la norma y puede servir tanto como medio de prueba, objeto de prueba o ambas posturas. Sin embargo, resulta importante entender que, dentro de toda la ambigüedad, la denominación más adecuada es la prueba digital puesto que si bien las fuentes de prueba obtenidas son digitales estas se judicializan o se actúan en el proceso bajo soporte electrónico, por lo cual de no existir este soporte dicha fuente de prueba no podría formar parte del proceso.

4.3. Régimen Jurídico: Reproducción de palabra, sonido o imagen

Regulado en la norma adjetiva, esta señala algunas características de aplicación que son propias del proceso social; así, se señala que la parte que la proponga debe aportar el soporte adecuado y poner a orden de órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos. (LJS., artículo 90.1)

Dicho eso, cabe mencionar que existe una diferencia sustancial en el régimen jurídico aplicable a la prueba digital en el proceso social y su homónimo en el proceso civil, esta diferencia radica en el plazo de preclusión para aportar los medios probatorios de la prueba de reproducción de palabra, sonido e imagen, puesto que en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, del 7 de enero, (en adelante LEC), que en su artículo 265.1.2 señala que esta se tiene que aportar junto con el escrito de presentación de la demanda, mientras que en el proceso social el ejercicio de la acción precluye en el acto del juicio.

4.4. Procedimiento y Valoración

²⁵ ABEL LLUCH, X. y PICÓI JUNOY, J., *La prueba electrónica*, Bosch Editor, Barcelona, 2011, p. 23.

La presentación de la prueba digital no tiene un procedimiento específico en proceso social, por lo cual se remite a lo establecido por el proceso civil (LEC. artículos 382 al 384); así, la proposición del medio probatorio se debe hacer una vez contestada la demanda; en cuanto al orden de la práctica, se realiza en último lugar, salvo disposición en contrario, en cuanto a la aportación como se señala *up supra* esta debe realizarse en el acto de vista; en relación a la forma de aportación, no es necesaria la transcripción, siendo esta una mera facultad de parte; finalmente en cuanto a la intermediación judicial y la contradicción son inexcusables y en ella participa el juez junto con las partes.

Respecto a la valoración, la prueba digital se distingue de sus pares, la prueba documental y el documento electrónico, en la medida que no tiene una valoración legal, sino una valoración libre (STSJ 4384/2008 de 19 de diciembre)²⁶ que lo sujeta a la regla de la sana crítica. Ello supone una problemática sobre la tratativa de los instrumentos de filmación, grabación u otro semejante, que captan reproducción de palabra, imagen y sonido; en cuanto a posibilidad de la prueba digital tenga eficacia revisoria de los hechos probados en recurso de suplicación.

4.5. Supuestos de prueba digital

Dentro del desarrollo de la figura de la prueba digital debe delimitarse los medios o herramientas tecnológicas que son considerados potenciales o supuestos de prueba digital, al respecto la doctrina²⁷ señala los siguientes:

En primer lugar, se encuentran los instrumentos archivar conocer y reproducir datos (disco duro de ordenador, memoria USB, CD, DVD, etc.), los cuales son pasibles de análisis sobre la licitud de su aporte, toda vez que son fuentes de prueba obtenidos a través del poder de control del empresario.

Otro supuesto de prueba digital es el correo electrónico por ser un medio de comunicación eficaz, eficiente y efectivo, su utilización en las empresas se ha generalizado; sin embargo, a diferencia del primer supuesto, este medio de prueba ha sido admitido como documental, por lo cual es sujeto a revisión fáctica en recurso de suplicación.

De igual forma, la página web puede ser una modalidad de prueba digital toda vez que es un documento informático al que se puede acceder vía internet; sin embargo, su introducción en el proceso puede llevarse a cabo por distintos medios de prueba: documento, informe pericial informático o cibernavegación (LJS. artículo 90.1)

²⁶ Tribunal Superior de Justicia Valencia (19/12/2008), recurso 4384/2008.

²⁷ PRECIADO DOMÉNECH, C. y PURCALLA BONILLA, M., *La prueba en el proceso social op. cit.* pp.515-537

Asimismo, la mensajería móvil o programas de mensajería instantánea son también considerados pruebas digitales; sin embargo, su principal problemática es la acreditación de autenticidad, puesto que son fácilmente manipulables por otros aplicativos móviles, esta prueba digital también es considerada una documental, por lo cual es factible de revisión probatoria en recurso de suplicación al igual que el correo electrónico.

También considerada como prueba digital la grabación de voz y sonido, encuentra su encaje legal dentro de la norma del proceso social, dicho medio electrónico presenta una problemática respecto al uso de la interceptación de comunicaciones telefónicas para acreditar un despido; no obstante ello, la respuesta a la problemática es plausible de solución a través del test de proporcionalidad mencionado *up supra*.

La grabación en video también es considerado prueba digital, al respecto la misma no puede ser considerada prueba documental, y si bien es utilizada por el empleador para ejercer su poder de control y vigilancia, esta también puede ser usada por el trabajador para acreditar su postura con los que se registra en la grabación.

Asimismo, la fotografía que a pesar de ser un medio de reproducción estático no es considerada como una prueba documental por lo cual no puede ser ventilado en recurso de suplicación; a diferencia de la fotografía, el fax si es considerado un medio de prueba documental en la medida que no almacena ni trata datos, sino que es un documento que se ha enviado por vía telefónica.

Finalmente, las redes sociales que son consideradas dentro del proceso social en la regulación de las pruebas digitales, el marco regulatorio de las redes sociales es igual al de la página web, en cuanto a su valor revisoria, a efectos de suplicación o casación al no ser una prueba documental no puede acceder a recursos extraordinarios.

CAPÍTULO II: LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y DIVERSAS CONJETURAS DE PRUEBA DIGITAL (TANTO LICITA COMO ILÍCITA) EN EL PROCESO SOCIAL

La prueba es la piedra angular del proceso, toda vez que en ella se cimentan las bases que dirigen y direccionan la *Litis*; en un primer punto, son las partes las que a través de la prueba buscan acreditar los puntos en los que consideran les asiste el derecho, buscando acreditar y sustentar su teoría del caso por medio del ofrecimiento de medios probatorios que acrediten su postura, tal como se detalló *up supra* las partes utilizan la prueba como instrumento de conocimiento. Por su parte el juez, que en virtud del principio de inmediación, dirige y gobierna el proceso, utiliza el medio probatorio para generar en sí mismo el conocimiento específico del caso sobre el que va a dirimir; así, la prueba es usada en este caso como instrumento de conocimiento.

Pues bien, el tratamiento de la prueba ha supuesto una serie de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia para interpretar el alcance que le da el legislador, así como sus límites. Dentro de este sistema, el proceso social, como materia específica que regula el procedimiento judicial al que se someten el empresario y el trabajador encuentra en la prueba una amalgama de diversas problemáticas, toda vez que el proceso social presenta una doble distinción, en primer lugar, aplica una técnica procesal distinta pues por la naturaleza de su finalidad y los principios propios del Derecho del Trabajo este necesita ser más célere a fin de salvaguardar de manera inmediata los derechos de los trabajadores e impedir la vulneración o violación de sus derechos fundamentales, por lo cual es oralizado, económico y rápido; en segundo término, la naturaleza desigual de la relación laboral establece una serie de medidas que perfeccionen el proceso y generen un equilibrio entre los desiguales, aunado a ello la introducción de los avances tecnológicos dentro del centro de trabajo, ha ofrecido todo un abanico de posibilidades de control y vigilancia para el empresario.

Toda esta estratagema de circunstancias sociales, jurídicas y tecnológicas han producido que el tratamiento de la prueba digital en el proceso social se vea afectado por una serie de problemáticas; la primera y más importante, es el tratamiento de la prueba digital ilícita, toda vez que los avances tecnológicos han permitido al empleador mantener un control sobre las acciones del trabajador y sancionarlo por el incumplimiento de sus obligaciones laborales, el problema radica en cuando este poder de vigilancia se ejerce transgrediendo los derechos fundamentales, tanto de dignidad, privacidad o secreto de las comunicaciones; otra problemática importante es el tratamiento de un despido producto de una prueba ilícita, puesto que de haberse vulnerado los derechos laborales del trabajador este debería reputarse en nulo; en tercer lugar, si bien la presente investigación está centrada en el tratamiento de la prueba digital ilícita, tomando en cuenta que el filtro de licitud se realiza en el momento de la audiencia ordinaria, ya dentro del proceso está la disyuntiva del tratamiento que se le debería de dar a la prueba digital toda vez que la misma no puede ser considerada de pleno una documental; finalmente, aunado al punto anterior, cuál debería ser el tratamiento que reciba la prueba digital en el recurso de suplicación; para determinar ello se recurrirá principalmente a la jurisprudencia ambigua y contradictoria; la doctrina que establece las problemáticas planteadas y las analiza desde un punto de vista crítico.

1. La vulneración de los derechos fundamentales del trabajador a través de una fuente de prueba digital

Los derechos fundamentales de la persona le asisten por el simple hecho de serlo, son impermeables a cualquier condición de su propia humanidad; en este sentido, el derecho del trabajo no se encarga de tutelar otra cosa que no sea la protección de los derechos del trabajador-ciudadano que fueron adquiridos por el ciudadano-trabajador, ello incluye, sobretodo, el respeto a la dignidad de la persona del trabajador.

Si bien, en materia de derecho sustantivo el tema en mención es bastante claro, para el derecho adjetivo, la presente genera complicación; respecto al caso en concreto de la vulneración de los derechos laborales del trabajador, el contexto actual ha generado un desfase sobre la norma jurídica, la cual, sobre la marcha, ha sabido adaptarse y seguir tutelando los intereses de los trabajadores. Sin embargo, la fuente de prueba que atenta contra los derechos fundamentales de las personas se ha pervertido de manera avasalladora, en la medida que los avances tecnológicos han permitido un golpe evolutivo de recolección de información por parte de quien tenga interés de hacerlo; así, una persona puede grabar una conversación telefónica, subir un video en redes sociales o espiar a otra persona.

Para el derecho del trabajo, el problema cobra mucho mayor relevancia, puesto que, si bien resulta innegable las mejoras tanto personales como técnicas que ofrecen los avances tecnológicos para el desarrollo de la persona o de la empresa, la regulación de esta rama del derecho y el contexto social, han permitido sacar el peor partido de entre todos los beneficios que ofrece la tecnología; así en un primer punto, la tecnología le ofrece al empresario nuevas formas de verificación y control del cumplimiento de actividades por parte de sus trabajadores, situación que es permitida y está establecida en la norma sustantiva, pero a su vez también le permite transgredir los límites de la intimidad y privacidad de sus empleados, bajo la misma justificación antes planteada, verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales; en segundo lugar, desde la óptica del trabajador, si bien la tecnología ha servido para mejorar la vida de las personas, la misma es una fuente inagotable de distracciones dentro del propio centro de trabajo y puede ser usado con fines de ocio, en un fenómeno llamado “absentismo virtual²⁸”, ocasionado disminución de la producción de los trabajadores y elevados costes empresariales, en caso estas conductas fueran reiterativas y desproporcionadas el trabajador estaría transgrediendo el principio de buena fe y sería pasible de sanción o despido por parte del empresario (artículo 54 ET.); en este sentido, del mismo modo que la tecnología ofrece mejorar para la vida de las personas, la misma genera fuertes distractores en el ambiente laboral y una facilidad muy práctica para realizar un indebido seguimiento de la vida laboral de los trabajadores que puede llegar a ser excedido por el empleador o por abusado por los trabajadores.

Bajo esta óptica, la doctrina se ha cuestionado la problemática que plantea el uso de una prueba digital ilícita, bajo la cual el empleador sanciona a su trabajador por medio

²⁸ RODRÍGUEZ, M., El absentismo visual, Observatorio de Recursos Humanos. Recuperado de: <https://www.observatoriorh.com/productividad/tribuna-el-absentismo-virtual.html>

de una fuente de prueba que adquirió transgrediendo los derechos fundamentales y libertades públicas de sus empleados; sin embargo, conforme se desarrolla *up supra*, si bien los derechos fundamentales del trabajador deben respetarse por el solo hecho de ser persona, esto no excluye que en casos necesarios y demostrables puedan ser afectados en provecho del derecho de control y vigilancia del empleador, *prima facie* parece que la solución es planteada por el test de proporcionalidad; no obstante, la reiterada jurisprudencia contradictoria u ambigua en la tratativa de algún tipo en particular al del aparato tecnológico genera cuestionamientos que importan analizar.

De esta forma, la jurisprudencia ha establecido criterios contradictorios que han sido sujeto de análisis por parte de la doctrina, partiendo desde aquella en que respetan los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

Resulta de obligatoria mención la STC 37/1998, del 17 de febrero²⁹, en la cual se cuestiona la falta de habilitación legal y el carácter desproporcionado de la filmación por agentes de la policía en un piquete de huelga, por disuadir el derecho a huelga y libertad sindical, resulta interesante esta sentencia toda vez que a la fecha de sucedido el incidente aún no existía regulación vigente que señale el tratamiento de uso, conservación y destino de lo filmado; no obstante, el Tribunal Constitucional consideró filmación y obstaculizo el libre ejercicio del derecho a huelga: la filmación entrañó una disuasión u obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga, reduciendo su efectividad, pues, no cabe minusvalorar los efectos disuasorios que puede producir en el ánimo de quienes pacíficamente forman parte de un piquete informativo el hecho de ser ininterrumpidamente filmados, sin mediar explicación alguna de este proceder -es decir, sin que los afectados puedan conocer los motivos de la medida adoptada-, sin que se acepte su ofrecimiento de identificación, sobre todo, sin saber que uso van a hacer de la filmación las fuerzas de seguridad y que tipo de controles van a existir sobre la misma; de esta forma, a pesar de no existir regulación expresa por la norma, el Tribunal Constitucional en su naturaleza tuitiva determinó existió una vulneración al derecho a huelga.

Resulta de capital importancia lo señalado en la STC 98/2000, de 10 de abril³⁰, ventila un tema de vulneración del derecho a la intimidad personal. En el presente caso se debate por la instalación de aparatos de captación y grabación del sonido en el centro de trabajo, bajo la premisa que se aplicó dicho medio de vigilancia para la seguridad del establecimiento que era un casino, ante ello el máximo intérprete de la Constitución señala que no es indispensable para la seguridad y buen funcionamiento de la empresa y sobre si esta medida de control y vigilancia por parte del empresario vulnera el derecho a la intimidad personal del trabajador. Al respecto, el Tribunal Constitucional concluye que debe existir un respeto irrestricto a los derechos fundamentales del trabajador, toda vez, que tal como se señala en reiterada jurisprudencia, el estatus de trabajador no debe restringir en ninguna medida los derechos laborales del trabajador como persona; por lo cual, rechaza la tesis de la sentencia recurrida que limita el derecho a la intimidad en el

²⁹ Tribunal Constitucional (17/02/1998), recurso 3.694/94

³⁰ Tribunal Constitucional (10/04/2000), recurso 4.015/96

lugar de trabajo, así las cosas el tribunal concluye que se debe imponer la necesidad de proceder a una adecuada ponderación de bienes y derechos protegidos.

En la misma línea de ideas la STC 186/2000, del 10 de julio³¹, referente a la vulneración de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, a la tutela judicial, a la prueba, a un proceso con todas las garantías y a la igualdad. En esta vista se analiza si la instalación por la empresa de un circuito cerrado de televisión para controlar determinados puestos de trabajo que se encuentra justificada y es proporcionada o si vulnera los derechos fundamentales de los trabajadores (intimidad, propia imagen, tutela judicial, prueba, etc.), respecto a este último derecho es en el que se cierne el debate, toda vez que se discute si hubo vulneración de la intimidad del trabajador y de la protección de datos de mismo al colocar el circuito de control sin previo aviso a los afectados; así, el Tribunal determina que el atributo más importante del derecho a la intimidad, es la facultad de exclusión de los demás, tanto en la toma de conocimientos intrusivos, como a la divulgación ilegítima de esos datos; por lo cual, considera que la medida no es proporcional y transgredió los derechos fundamentales del trabajador.

En este primer bloque de sentencias, se puede analizar la línea temática tuitiva que maneja el Tribunal Constitucional. En las tres sentencias se condena el exceso del empleador respecto a su poder de control y dirección, la línea directriz en la que se basa el Tribunal es el exceso que usa tanto el empleador como los policías para realizar un control de los trabajadores y como estas medidas laceran el espectro de privacidad que tiene el trabajador; sin embargo en el análisis del tribunal, aun no se observa una postura contundente, sustentada no solo en el derecho a la privacidad del trabajador sino también a los principios que regulan la protección de datos

No obstante la naturaleza tuitiva del máximo intérprete de la constitución, la sentencias que emite no siempre son en beneficio al trabajador, la administración de justicia del Tribunal se basa en criterios técnicos como el test de proporcionalidad al que se hacía mención en el capítulo anterior; por ello, resulta importante mencionar la STC 186/2000, de 10 julio, en la que el Tribunal declara como proporcionada la medida de video vigilancia de la empresa, sin realizar previa advertencia a los trabajadores afectados, toda vez que con antelación se había detectado irregularidades en las conductas de los cajeros, producto de dicho control se estableció medidas disciplinarias para los trabajadores en mención; concluyendo el Tribunal que la medida solo se produjo de modo que las cámaras filmaran el área imprescindible y aunado con la sospecha previa, concluyó que se ha respetado el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, respecto a la no vulneración de derechos laborales del trabajador y el uso de la prueba ilícita digital en el proceso, parece que el Tribunal Constitucional se encuentra en una seria contraposición, puesto que si bien existen alguna sentencias acorde a derecho, existen otras que son diametralmente opuestas a las que emitió en un primer momento, esta contradicción o inobservancia a los criterios previamente

³¹ Tribunal Constitucional (10/07/2000), recurso 2.662/1997

establecidos, no solo alcanza al máximo intérprete de la Constitución, sino también a los órganos similares como el tribunal supremo de justicia.

Es momento de analizar las sentencias que generaron contradicción a los criterios previamente establecidos, así la STC 170/2013, del 7 de octubre³², que ventila la causa sobre la licitud de un despido, se debate la justificación de un despido por haber utilizado los medios electrónicos facilitados por la empresa para fines distintos a los laborales, en clara transgresión al convenio colectivo vigente que tipifica como falta el uso de dichos medios electrónicos con fines distintos a los de la prestación de servicios; al respecto, el Tribunal determina que no existe una expectativa fundada de confidencialidad respecto a las comunicaciones mantenidas por el trabajador por la expresa prohibición convencional del uso extra laboral del correo electrónico que lleva implícita la facultad empresarial de controlar su utilización con el fin de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.

Otra sentencia contradictoria es la planteada por el Tribunal Supremo de Sala en lo Social, sentencia N° 6128/2007, 27 de septiembre del 2007³³, cuya materia sujeto de análisis era un despido, la *litis* versaba sobre una cuestión jurisprudencial en torno a la privacidad del trabajador en lo que se refiere al correo electrónico facilitado por la empresa y decide sobre el conflicto que nace de la existencia de un uso social que permite dentro de ciertos límites la utilización personal de los medios facilitados por la empresa, la sentencia aclara que las medidas del artículo 18 del estatuto de los trabajadores, referente al registro de la persona del trabajador, no son aplicables al control de los medios informáticos, sino las del artículo 20, referente a la dirección y control de la actividad laboral, por lo que no es necesaria la presencia del representante de los trabajadores cuando se realiza el control.

Finalmente, gran debate genero la STC 241/2012 del 17 de diciembre, la misma que señala de forma sorprendente que no existe vulneración al secreto de las comunicaciones ni a la intimidad, en un caso en que la empresa accede a los ficheros informáticos en los que se registraban una conversación sostenida entre dos trabajadoras a través de un programa de mensajería instalado por ellas mismas en un ordenador de uso común por todos los trabajadores y sin clave de acceso, dichas conversaciones eran de carácter íntimo y fueron descubiertas por un compañero de trabajo; el Tribunal sostiene que no se puede apreciar la protección al derecho a la intimidad ya que ambas trabajadoras realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad, sustentando su fallo en una suerte de doctrina de actos propios; por otro lado, en cuanto al secreto de las comunicaciones se considera que existe un principio de variabilidad de alcance del poder de vigilancia, en función de la disposición y uso de herramientas informáticas y de las instrucciones por parte del empresario; no obstante ello, el pleno del Tribunal no considera que la cuestión litigiosa sea acorde a derecho, existe un voto salvado que se aparte de la postura del Tribunal y en él señala que si existió una vulneración a los derechos fundamentales de la trabajadora, aplicando para concluir ello, que los hechos expuestos en la presente *litis*

³² Tribunal Constitucional (07/10/2000), recurso 2907-2011.

³³ Tribunal Supremo Sala de lo Social (27/09/2007), recurso 966/2006.

eran inexactos, y de manera más sustancial, argumentado, que lo que se protege no es el secreto de las comunicaciones sino la libertad de las mismas, derecho que debe ser ejercido por las trabajadoras sin que vulneren su privacidad; finalmente, el magistrado desarrolla la teoría de la plena libertad de los derechos fundamentales mediante la cual una persona tiene pleno goce de sus derechos fundamentales y estos son impermeables a la situación en la que se encuentre, para el caso en concreto la relación el trabajador con el empresario dentro del centro de trabajo.

De este último bloque de sentencias, en una postura completamente opuesta a la planteada por el máximo intérprete de la Constitución, se puede observar la involución tutelar en el criterio de las sentencias; si bien, en el primer bloque se reconocía la vulneración a la esfera privada del trabajador a pesar de que no se desarrolla la tutela protectora desde un punto más amplio como los principio de la protección de datos; ahora el Tribunal no solo no amplía el margen de protección del trabajador, sino que lo reduce justificando sus decisiones en la supuesta variabilidad acorde a las circunstancias del poder de vigilancia y control del empresario.

Conforme a lo antes señalado, la reiterada contradicción en la jurisprudencia ha desembocado en una serie de disyuntivas no solo interpretativas al momento de impartir justicia sino también relacionada al uso de la técnica respecto al procedimiento social y el uso de instrumentos jurídicos para tratar la prueba ilícita en el mismo; al respecto, Falguera³⁴ señala dos problemáticas importantes sobre la tratativa de la prueba digital ilícita en el proceso social y si la propia norma justifica la vulneración de los datos privados del trabajador. En primer lugar, respecto las practicas procesales de la prueba ilícita el autor señala que la determinación de la ilicitud de una prueba en el proceso social, va de la mano con el poder de control y vigilancia del empresario puesto que se cuestiona la validez de la prueba a causa de la intromisión del empresario en la esfera de privacidad del trabajador, por lo cual existe, como antes se había mencionado, un peligro latente de abuso y excesos. Por otro lado, señala que es criterio del Tribunal Constitucional la no existencia de la vulneración del secreto de las comunicaciones si una de las partes que interviene en la comunicación la aporta como prueba, todo ello en virtud a la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que ya había sido analizada con antelación; sin embargo, en un criterio contradictorio en la STSJ de Galicia 4347/2014 de 25 de abril³⁵, se admite como prueba la copia de mensajes de Whatsapp, sostenido entre dos trabajadoras cuando una de estas entrega una copia de la conversaciones al empresario.

La contradicción, no solo se da en el propio proceso social, sino también existe una falta de criterio unánime entre los procesos que ventilan materias jurídicas distintas; así, la STC 212/2013, del 16 de diciembre³⁶, otorga amparo a un trabajador que cuestiona la licitud de un medio probatorio (video) que fue ventilado en vía penal para acreditar apropiación indebida, la trabajadora sustenta su punto en que esta grabación

³⁴ FALGUERA BARÓ, M., “Nuevas tecnologías y trabajo (y III): Perspectiva Procesal”, *Derecho y Trabajo*, N° 22, 2016, pp. 31-36.

³⁵ Tribunal Superior de Justicia de Galicia (25/04/2014), recurso 4347/2014.

³⁶ Tribunal Constitucional (16/12/2013), recurso 5790-2012.

se hizo en un lugar considerado como vestuario; al respecto, el Tribunal señala que *la decisión adoptada por el órgano judicial de instancia abortó cualquier posibilidad de acreditar el elemento fáctico de la lesión del derecho fundamental denunciada, todo ello sin perjuicio de la relevancia y significación jurídica que el órgano judicial hubiera podido otorgar a ese dato, para el caso de que su certeza hubiera quedado comprobada mediante el visionado del DVD. Por otra parte, las consecuencias de la decisión adoptada por la juzgadora a quo tuvieron reflejo en la Sentencia dictada en suplicación, dado que la Sala refutó la vulneración del derecho fundamental a la intimidad, principalmente porque los hechos probados recogidos en la instancia rechazan que la oficina fuera utilizada a modo de vestuario y, además, porque los fotogramas incorporados a actuaciones —que fueron extraídos del DVD— no adveran esa afirmación.*

Como segundo punto, se cuestiona el autor si los artículos 76.4 y 90.4 de la LJS permiten acceder a los datos privados del trabajador en un ordenador de la empresa, en primer lugar existe una distinción entre la autorización judicial de actuar la prueba (artículo 90.4 LJS) con la licencia judicial para acceder al ámbito privado del trabajador; en este punto a criterio del autor, de existir una contraposición entre el artículo 18 CE, contra la libertad de empresa, sería el primero de ellos el que termina cediendo, de igual forma el 90.4 no es aplicable a la cuestión planteada y el 76.4 no contempla lo contrario, por lo cual se confiere al empleador una legitimación suficiente para, respetando ciertas garantías, el ámbito de privacidad del trabajador sin que se recurra para ello a una orden judicial; ahora bien, una cosa es la obtención del prueba, la cual no tiene restricción alguna para su obtención, y otra muy diferente es la autorización judicial para su práctica en el proceso; en este caso, si se ha adquirido el medio probatorio en el ejercicio de las facultades de vigilancia y control no será necesaria la solicitud de autorización judicial; sin embargo, si por cualquiera de dichas vías aparece un contenido de privacidad del trabajador, si resulta necesario recurrir a dicho trámite.

2. La calificación de los despidos producto de una prueba ilícita digital

La mayor facilidad que tiene el empleador de invadir la privacidad del trabajador producto de los avances tecnológicos comporta, aunado con la relación de la licitud o ilicitud de la prueba, un problema adicional en cuando a la calificación del despido, respecto a si la extinción debe ser declarada nula o improcedente.

El despido es la abrupta ruptura del vínculo laboral con el trabajador por decisión unilateral del empleador, este se puede dar siguiendo los cánones establecidos por la norma sustantiva o vulnerando los derechos del trabajador; respecto a este segundo punto, el trabajador que es despedido de manera arbitraria, dicha medida de ser demostrable en el proceso podría calificarse improcedente o nulo, de ser calificado improcedente el empleador tomara la decisión de reponer al trabajador o indemnizarlo, salvo este sea dirigente sindical, de ser el caso este último decidirá; *contrario sensu*, de ser calificado nulo la única medida posible es la reposición. Este es el problema que genera el uso de una prueba ilícita digital en el proceso judicial, determinar si le corresponde la calificación de improcedencia o de nulidad.

La nulidad del despido se solicita cuando ha existido una vulneración a los derechos fundamentales del trabajador; no obstante, la vulneración del artículo 18 CE, referente a la vulneración de la privacidad tiene infracción legal por la ilicitud de la prueba mas no por la calificación del despido, así la STSJ Madrid de 05 de noviembre, REC. 4747/2008³⁷ menciona que para que el *“despido sea nulo ha de producirse por una causa ajena al contrato de trabajo”, directamente atentatoria contra un derecho fundamental y verdadero móvil de la decisión extintiva del empleador, absolutamente al margen de cualquier motivo disciplinario, pero en el presente caso, el despido se ha basado en unos hechos concretos que se imputan al trabajador como realizados en su puesto de trabajo y con ocasión de éste y que, de haberse acreditado, podrían ser sancionables por el empresario, de constar el quebrantamiento que se les atribuye de la necesaria confianza que ha de presidir las relaciones laborales, “centrándose el recurrente, para solicitar la declaración de la nulidad, no en la voluntad vulneradora de la empleadora al despedir, sino en la violación de sus derechos fundamentales en la obtención de la prueba de esos hechos imputados, supuesto bien distinto que afectaría, no al despido, sino a la actividad probatoria”* previa al mismo, *de manera que la prueba obtenida con tal vulneración es ilícita y no puede tenerse en ningún caso en cuenta en el proceso, como tampoco aquéllas que deriven de la inicial ilicitud, pero en ningún caso cabría aquí hablar de despido nulo sino improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores.* Así del caso en concreto se establece que la medida de vulneración de los derechos fundamentales en la obtención de la prueba afecta solo a la actividad probatoria, no a la ilicitud del despido pues este no se ha realizado con vulneración a los derechos fundamentales.

Ante ello, Falguera³⁸ señala que otra parte de la doctrina invoca la teoría del fruto del árbol ponzoñoso mediante la cual no solo la prueba ilícita se reputa como tal, sino cualquiera que derive de ella, y para el proceso social, se asemejaría en la medida que la nulidad de la prueba que ampara el despido extiende sus efectos al propio despido, todo ello en concordancia con los artículos 108.2 LJS y 55.5 ET los cuales remiten la nulidad del despido a la violación de derechos fundamentales y libertades públicas.

Al respecto, el autor señala sentencias de juzgado de lo Social y de tribunales extraordinarios que refuerzan su postura, al respecto STSJ de País Vasco de 10 de mayo – REC. 644/2011³⁹, señala que dado que la *“única prueba que sirvió de base al acto extintivo fue obtenida violando el derecho fundamental a la intimidad del demandante”* y que, *por lo tanto, el conocimiento de los “hechos motivadores de su cese se debió en exclusiva a una prueba ilícitamente obtenida”, con vulneración de esa garantía constitucional, la “consecuencia que de ello deriva es la nulidad del despido” de conformidad con lo preceptuado en el primer párrafo del apartado 5 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que establecen que será nulo el despido que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Atendiendo a criterios gramaticales, finalistas y de interpretación conforme a la Constitución, en la citada*

³⁷ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (05/11/2008), recurso 4747/2008

³⁸ FALGUERA BARÓ, M., “Nuevas tecnologías y trabajo (y III): Perspectiva Procesal” *op. cit* pp. 36-38.

³⁹ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (10/05/11), sentencia 644/2011.

previsión legal encuentran cobijo no sólo los supuestos en que el cese se produce como consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho fundamental, sino también aquellos otros en que los hechos que lo sustentan han sido conocidos por el empresario mediante métodos que conculcan los derechos fundamentales del afectado

De manera adicional, el máximo intérprete de la constitución en la STC 196/2004 del 15 de noviembre, que ventila la causa de una vulneración de derecho a la intimidad del trabajador que permite obtener un medio de prueba, razón del cual extingue el vínculo laboral del trabajador, producto de un reconocimiento médico que constató el uso de alucinógenos; para el caso en concreto el Tribunal Constitucional señala que dicha prueba era intrascendente puesto que el consumo de alucinógenos no consta efecto en la vía laboral; en tal sentido, dicha medida afecta a la dignidad de la persona toda vez que no existe norma legal que regule el carácter forzoso del examen, así señala al *“haberse invadido la esfera privada de la recurrente sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz de la titular del derecho”, actuando sin autorización sobre ámbitos que exigían una información expresa y previa al consentimiento, con “vulneración por tanto del artículo 18.1 CE, procedente será el otorgamiento del amparo”, debiendo recordarse que, según constante doctrina de este Tribunal (entre otras, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 114/1989, de 22 de junio, 186/1996, de 25 de noviembre, 1/1998, del 12 de enero, 57/1999, de 12 de abril, 20/2002, del 28 de enero, o 49/2003, del 17 de marzo), la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo, lo que implica la anulación de la Sentencia impugnada y declaración de la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social que con acierto aplicó el artículo 18.1 CE.*, cabe resaltar que si bien la presente no hace mención alguna al uso de prueba digital, esta sirve para analizar la postura del Tribunal respecto a la vulneración del derecho a la dignidad del trabajadores como parte del bloque protector de derechos fundamentales.

Finalmente, en el mismo sentido, otra sentencia del Tribunal Constitucional (STC 29/2013, de 11 de febrero) señala que *las “sanciones impuestas con base en esa única prueba, lesiva de aquel derecho fundamental, deben declararse nulas”. Y es que privada la persona de aquellas facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo fue también de su derecho fundamental a la protección de datos, toda vez que, como concluyó en este punto la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8), «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».* A la vista de tal incumplimiento, generador de la vulneración del artículo 18.4 CE, no es preciso analizar el resto de las quejas, ni tampoco examinar el tratamiento de datos personales desde otros enfoques, como el de la proporcionalidad, por lo que procederá anular las resoluciones judiciales impugnadas y la resolución rectoral que impuso las sanciones de suspensión de empleo y sueldo al recurrente en amparo.

En puridad del análisis de la jurisprudencia, las sentencias de tribunales de instancia y la doctrina se puede concluir que existe dos posiciones contrapuestas; en un primer término, se entiende que la acción de despido, como medida traumática y rotunda

del término de la relación laboral por decisión unilateral del empleador ajena a derecho, es impermeable a que la misma se haya dado por medio de la obtención de un prueba ilícita, toda vez que para ser considerado nulo el despido deber ser realizado por causas ajenas al relación laboral y al desenvolvimiento de las partes en el mismo; en el caso de la prueba ilícita, por medio de esta se puede obtener datos concretos del desarrollo de la prestación laboral por lo cual no son conductas ajenas o sin sustento las que motivan al empleador a dar término al vínculo laboral, por lo cual la calificación de licitud o ilicitud de la prueba y su potencial vulneración a los derechos fundamentales solo tiene repercusión en los fines del proceso. En segundo lugar, la tesis de la prueba del árbol prohibido, extraída de la doctrina penal y adaptada al proceso social, señala que tanta la prueba obtenida ilícitamente como las consecuencias que deriven de ella son nulas.

En este sentido y a razón de lo expuesto en ambas posturas, tomado en cuenta que el proceso social es una materia específica dentro de todo el derecho adjetivo, este no puede ser ajeno al proceso evolutivo de la ciencia del derecho y nada impide que pueda adquirir ciertas instituciones de otras ciencias procesales que completamente la finalidad última del mismo, que es la protección a los derechos fundamentales de la persona del trabajador, por lo cual existiría inconveniente legal que impida la aplicación de la doctrina penal dentro el proceso social, todo vez que la ciencia jurídica en una materia unificada que solo se ve disgregada por las materias jurídicas que regula; sin embargo, todas ellas tiene como finalidad principal protección de los derechos fundamentales de las persona.

No obstante, lo antes señalado, resulta importe también el análisis que se hace sobre la motivación del despido nulo, en el sentido que si bien la ciencia jurídica es un sistema general diseccionado por materias específicas, en el derecho social existe doctrina que regula las instituciones del mismo; para el caso en concreto, la terminación del vínculo de la relación laboral del trabajador de manos del empleador, resulta cierto afirmar que el mismo se dé por condiciones ajenas al trabajo, por medidas arbitrarias, si bien la misma se obtiene vulnerando derechos fundamentales, esta permite acceso a conductas de incumplimientos por parte del trabajador que no son ajenas al desarrollo de la prestación, por lo cual no se podría afirmar la medida disciplinaria de despido que sea arbitraria, toda vez que está motivada por una determinada conducta del trabajador dentro del desarrollo de la prestación laboral, no siendo por ello una conducta arbitraria o inmotivada la decisión tomada por el empleador.

3. Problemáticas derivadas de la licitud de la prueba digital:

Una vez delimitado y establecidos los problemas de la prueba que deriva de fuentes de pruebas digitales obtenidas, vulnerando los derechos fundamentales del trabajador, en puridad, prueba digital ilícita, resulta importante para el análisis completo de la presente investigación, indagar en el tratamiento de la prueba digital dentro el proceso del trabajo, toda vez que reconocida la licitud de la misma esta genera otra serie de problemáticas y disyuntivas que son de obligatorio análisis para entender el tratamiento de la prueba digital en la práctica jurídica.

Si bien la investigación tiene como eje central la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la admisión de medio probatorio electrónico y su ponderación de licitud o ilicitud se realizan recién en la audiencia ordinaria, es por ello que en la práctica resulta importante no solo el estudio del tratamiento de la prueba ilícita digital en el proceso del trabajo, sino también las problemáticas que se generan una vez pasado este filtro. Puesto que de manera muy sucinta se puede afirmar que la prueba ilícita digital es sancionada con la regla de exclusión procesal, al ser admitida en el proceso y al no tener un tratamiento o procedimiento específico dentro del proceso social genera una serie de cuestionamientos prácticos que merecen análisis; así, en un primer punto, resulta necesario el análisis del tratamiento de la prueba digital como documental dentro del proceso social, toda vez que existe un debate sobre si la misma, debe o no ser considerada una documental y lo que implicaría admitirla dentro de la actuación probatoria o en su defecto el análisis de una postura ecléctica sobre su tratamiento; aunado con ella un segundo cuestionamiento, implica se plantea una vez superado el filtro de su tratamiento estudiar si la prueba digital puede ser verificada en recurso de suplicación, toda vez que si se la considera una documental esta podría ser pasible de análisis en el recurso extraordinario antes mencionado.

Por ello, ante las problemáticas que genera el tratamiento de la prueba digital dentro del proceso una vez pasado el filtro de licitud y tomando en cuenta la realidad práctica del tratamiento de la prueba digital, esto es que dicho filtro se realiza en audiencia ordinaria, este acápite destinado al tratamiento de la prueba digital lícita en el proceso social es necesario para abarcar el marco conceptual completo de los avances tecnológicos como medios de prueba en el proceso social, toda vez que el primer capítulo de este libro se han desarrollado aproximaciones conceptuales, corresponde pues en este capítulo plantear las problemáticas que genera la prueba digital en su tratamiento dentro del proceso social.

3.1. Tratamiento de la prueba digital como medio de prueba documental:

Dentro de proceso social o en cualquier norma adjetiva, la prueba juega un papel preponderante para los fines del proceso; así, no resulta exagerado afirmar que a falta de medios probatorios que acrediten la postura de las partes no podría dirimirse sobre la *litis* en cuestión quedando obsoleta la labor jurisdiccional y el derecho procesal en sí, como se ha mencionado a lo largo de la presente investigación, el lenguaje de la prueba es el lenguaje del proceso y esta tiene dos finalidades específicas para las partes y el *a quo*: en primer término es un instrumento de convicción que busca generar certeza en cuanto a la postura de las partes en el proceso: por otro lado, es un instrumento de conocimiento que permite generar convencimiento en el magistrado que va a dirimir toda vez que él ignora los hechos que motivaron o sustentaron la postura de las partes.

Así, parte importante de la ciencia del proceso es el tratamiento que se le debe dar a la prueba, a fin que cumpla con su papel informativo dentro de la *litis*, aunado a ello, los avances tecnológicos han pasado a formar parte fundamental del desarrollo de las empresas por lo cual son fuentes de prueba idóneas tanto para el empleado como para el empleador. Este último con mayor ventaja sobre la misma toda la vez que puede hacer uso de la tecnología en potestad de poder de control y vigilancia. En vista de ello, resulta

importante entender cuál es el tratamiento jurídico que se debe dar a la prueba digital dentro del proceso social, toda vez que acorde a ello se va determinar, no solo su funcionalidad en el proceso, sino también su uso como medio de análisis para recursos extraordinarios.

En este sentido, la prueba tiene, cuando menos cuestionable naturaleza jurídica, por lo cual resulta importante cuestionar como se puede acreditar el contenido de un mensaje digital, toda vez que el tratamiento de la prueba digital como documental genera mayor debate en cuanto a los mensajes digitales, sin dejar de cuestionarse, en menor medida, el tratamiento de otros medios de prueba tecnológico, como aquellos que controlan la imagen o sonido del trabajador, el debate cobra mayor relevancia en la medida que si bien, en su momento, la regulación del artículo 90.1 LPL se consideró un gran avance en cuanto a la regulación de la prueba digital, el legislador, aún no termina de sentar la denominada prueba digital dentro del proceso, siendo este un aspecto fáctico que cada vez tiene mayor incidencia en nuestra realidad social (registros obtenidos por ordenador o correo electrónico, página web, foros o redes sociales), todo ello por lo cual debe cuestionarse como se prueba la veracidad de la realidad virtual, a la cual puede accederse solo por soportes informáticos.

En primer lugar, resulta importante no confundir el tratamiento de un documento electrónico y de una prueba digital dentro del proceso. Así, el documento electrónico es aquel que se caracteriza por ser el soporte electrónico de cualquier información que tiene naturaleza susceptible de tratamiento diferenciado y además contiene una firma digital; así, el artículo 3 de la Ley 59/2003⁴⁰, del 19 de diciembre, de firma electrónica (en adelante LFC), señala que firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante, por lo cual el documento electrónico tiene como requisito imprescindible que venga acompañado de una firma electrónica; *contrario sensu*, los datos contenidos en soporte electrónico reciben el tratamiento y tienen naturaleza de prueba de instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes, para el proceso están regulados en el artículo 384 LEC; bajo esta línea de ideas no pueden ser considerados documentos electrónicos los correos que carezcan de firma electrónica o los programas de mensajería instantánea (tales como Messenger, whatsapp, telegram, etc).

Sin embargo, la primera disyunción problemática deriva precisamente del tratamiento del correo electrónico como prueba documental toda vez que en el proceso laboral existe un debate sobre el tratamiento del mismo; al respecto, Domenech⁴¹ señala que los correos electrónicos se han valorado en algunas ocasiones como prueba documental cuando han sido impresos; no obstante, en otras ocasiones le han negado el valor de documento a efectos de recurso de suplicación; en otro punto de su libro, señala que si bien la doctrina civilista entiende un concepto amplio de documento, en el ámbito laboral el Tribunal Supremo las ha definido tajantemente como realidades procesales

⁴⁰ BOE de 20 de Diciembre del 2003

⁴¹ PRECIADO DOMÉNECH, C. y PURCALLA BONILLA, M., *La prueba en el proceso social. op. cit* pp.517-519

distintitas y no confundibles, toda vez que la prueba digital es considerada un medio de prueba autónomo, partiendo de ese análisis el autor considera que no existe mayor debate sobre el tratamiento de la prueba digital y que esta debería considerarse un medio de prueba autónomo, distinguiéndose la diversidad de tratamientos que se le da a la prueba digital en el proceso social, considerándola en algunas ocasiones como documental y en otras negándole esa condición.

Ahora bien, siguiendo con el análisis de la naturaleza jurídica de la prueba de medios electrónicos, se entiende que la aportación del teléfono ordenador o Tablet es considerada una prueba de reproducción de palabra sonido e imagen, la parte que lo proponga deberá poner a disposición de la judicatura los medios de reproducción de la misma, sin embargo la practica más habitual es que en el acto de juicio se aporte como documentales, en papel, los contenidos de los mensajes, reproducciones de página web o redes sociales; en este supuesto, al tratarse de un documental, el proceso social español establece (en concordancia con el proceso civil) una forma de tratar y valorar la prueba, sin embargo el problema de mayor relevancia no se presenta en la técnica judicial que se aplica a la prueba de medios electrónicos, sino a la presunción de veracidad de estas comunicaciones. La diferencia sustancial recae en que mientras un documentos original y palpable, contendrá firmas, membretes u otros elementos susceptibles de autenticidad, los mensajes electrónicos son fácilmente modificables para cualquier persona que tenga un mínimo de conocimiento sobre informática⁴², de igual forma ocurre con los mensajes de texto, así también el contenido de una entrada en un red social puede ser borrada con total facilidad. Este contraste respecto a los supuestos de modificación debe ser tomado en cuenta por el magistrado al momento de impartir justicia y eso hace que la prueba que deviene de elementos electrónicos sea más compleja de valorar, en vista a lo antes señalado, resulta importante, aunado con la presentación de la captura de pantalla de los medios probatorios electrónicos, la presentación de un documento que certifique la veracidad del mismo.

De manera adicional, además del problema antes señalado, respecto a la autenticidad de medio probatorio electrónico, también es pasible de cuestionarse la autoría del mismo, toda vez que al igual que es fácil modificar, alterar o eliminar el contenido de una prueba digital, por las facilidades que otorgan el internet, es igual de sencillo ingresar al ordenador, correo electrónico, redes sociales de una persona determina y emitir mensajes como si fueran autoría del afectado por la vulneración de sus redes sociales, es por ello que la acreditación de autoría se repunta como un problema latente en cuanto la verificación de autenticidad de la prueba ilícita, en esta línea de ideas no le bastará al empresario demostrar la existencia o autenticidad del medio probatorio, sino también, demostrar mínimamente la autoría del mismo para aplicar las medidas correctivas de auto tutela a los trabajadores.

⁴² DE LA TORRE RODRIGUEZ, P., ¿Es válido el uso de mensajes de Whatsapp como prueba en un proceso judicial?, El Derecho. Recuperado de: http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/internet_y_tecnologia/mensajes-Whatsapp-prueba-proceso-judicial_11_924805001.html

Del análisis de lo antes mencionado, resulta trascendental entender que si bien los medios electrónicos y los avances tecnológicos suponen una mejora para el desarrollo de la sociedad y de hombre, así como maximizan la eficacia, eficiencia y efectividad laboral, dentro del ámbito de la actuación probatoria la prueba (y la técnica procesal en general) que deriva de medios electrónicos resulta difícil la actuación de la misma a lo largo del proceso toda vez que presenta diversas problemáticas que suponen el constante cuidado y control jurisdiccional para evitar que la prueba se contamine o corrompa, puesto que como se había explicado del análisis de los autores; en primer lugar, no queda claro el tratamiento que se le debe dar a la prueba digital en el proceso, puesto que alguna parte de la jurisprudencia la considera documental y otra parte no le otorga esa facultad; en segundo término, resulta complejo determinar la autenticidad de la prueba digital, toda vez que la misma no presenta certificaciones que validen su certeza como si lo hace un prueba documental física (respecto a firma, membretes y demás) y finalmente una vez demostrada la autenticidad del documento, resulta más complejo aun, acreditar la autoría del mismo, toda vez que resulta muy fácil para cualquier persona apropiarse de un aparato electrónico ajeno, de una red social o una página web para realizar acciones que no quieran reivindicar; dentro de todo lo antes señalado lo más preocupante es la no existencia de una regulación propia para la prueba digital, toda vez que al análisis de lo antes mencionado, resulta importante para la ciencia procesal que los medios probatorios obtenidos de fuentes de pruebas tecnológicas reciban un correcto tratamiento en la medida que son estas fuentes de prueba las que -en un corto plazo- van a acaparar la mayoría, por no decir toda la actividad probatoria del proceso social y el derecho adjetivo en general, razón por la que merece una regulación específica y un tratamiento adecuado para su introducción en el proceso a fin de ser una herramienta útil de convencimiento para las partes, así como una herramienta de conocimiento para el magistrado al momento de emitir sentencia y para cumplir con tal finalidad debe ser regulada correctamente por el legislador así evitar la incertidumbre normativa que genera su tratamiento en dentro del proceso social.

3.2. La prueba digital en el recurso de suplicación

La prueba adquirida por fuentes de prueba derivados de medios electrónicos presentan importantes problemáticas en su tratamiento dentro de la ciencia jurídica, como se había mencionado con antelación la misma no solo sirve para acreditar de manera primigenia de determinados hechos debatidos en una *Litis*, sino también podrían usarse de manera tendenciosa para generar error en el proceso, al no poder determinarse la autoría ni la veracidad del mismo, así también resulta complicado su tratamiento dentro del proceso a fin de determinar si es considerada o no una prueba documental, por ello es necesario una regulación concreta que determine su alcance y limitaciones.

En este, sentido respecto al tratamiento de la prueba digital como documental dentro del proceso, deriva un problema mayúsculo referente a su actuación procesal en los recursos extraordinarios como el recurso de suplicación, puesto que al generar incertidumbre sobre su tratativa como documental no se sabe con certeza si esta puede ser revisada en recurso de suplicación. Al respecto, el pretender una modificación fáctica de una sentencia o fallo judicial es un derecho otorgado por la tutela por el principio de doble instancia, que forma parte de la tutela judicial efectiva, mediante las partes en el

proceso, no solo tienen derecho a un juez natural que conozca el proceso y la materia, sino también a recurrir la sentencia si no están de acuerdo con el fallo, al momento de ejercer este derecho se evalúa en el tribunal de subida la decisión del *a quo*.

En derecho del trabajo, si bien las sentencias son inapelables, se ejerce el principio de doble instancia a través del recurso de suplicación -cabe aclarar en este punto que el proceso social es de instancia única y se accede a una suerte de doble instancias por medio de recursos extraordinarios como el de suplicación-, de esta forma la norma adjetiva señala en el artículo 183 LJS que el recurso de suplicación tiene por objeto reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión; así también, como revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, finalmente examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

El problema a colación está sustentado en el segundo punto referente a los alcances del recurso de suplicación en la medida que por medio de este se puede llegar a revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales, es por ello que resulta importante entender la tratativa que ha de tener la prueba digital dentro del proceso a fin de establecer si la misma puede o no ser analizada vía recurso extraordinario.

Al respecto, la STS UD, del 16 de junio - REC 3983/2010⁴³, refiere que *“la idoneidad de la prueba de los instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido para revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, se enmarca dentro de un recurso de carácter extraordinario.” En efecto el recurso de suplicación tiene dicho carácter, tal y como resulta de su configuración legal, expresamente reconocida en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 12 de enero de 1989, en su propia regulación y en las normas comunes a los recursos de casación y suplicación que aparecen en la Ley de Procedimiento Laboral. Dicho carácter asimismo ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 26 de enero de 1961 y por el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencias 3/83, de 25 de enero de 1983; 17/86, del 13 de octubre de 1986 y 79/85, de 3 de julio de 1985. “Consecuencia de tal carácter es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental” o pericial practicada en la instancia, por lo que la interpretación del concepto de prueba documental, a la vista del carácter del recurso, necesariamente ha de ser efectuada de forma restrictiva.*

Así, al parecer el tema quedaría zanjado toda vez que se señala que el concepto de prueba documental debería interpretarse de manera restrictiva dentro del recurso de suplicación, descartando de esta manera que las pruebas obtenidas por medios electrónicos sean analizadas vía este recurso extraordinario.

⁴³ Tribunal Superior de Justicia de Galicia (15/06/2010), recurso 3983/2010

Sin embargo esta afirmación genera otra problemática, respecto a si el documento transcripción de la prueba digital debe ser considerado o no dentro de esta restricción, respecto existen posturas jurisprudenciales contrarias puesto que parece estar implícitamente aceptada, así la STSJ Cataluña 16.10.2015-Rec. 4071/2015⁴⁴ señala que *para sustentar tal pretensión que ha aportado un documento consistente en " Pla de Medicación PAPPÀ " del Hospital de Barcelona, en el que consta el nombre del padre del demandado, de fecha 12 de mayo de 2014 (folio 58). Asimismo aporta varios folios en los que se reflejarían " pantallazos " de su teléfono móvil y en el que consta una conversación a través de " WhatsApp " con el teléfono que consta es propiedad del demandado (...)*Pues bien, en la Sala entendemos, que atendida la dificultad probatoria del demandante, y ante la existencia de la conversación de " WhatsApp " con el demandado procede modificar el hecho declarado probado segundo para que en el mismo se añada un párrafo en el que conste que " ha quedado acreditado que el demandante prestó servicios como cuidador del padre del demandado entre los días 4 y 24 de mayo, ambos inclusive ". Alcanzamos dicha conclusión porque " hemos de dar valor pleno (en atención a las especiales circunstancias de dificultad probatoria que concurren el presente caso) " a cuanto se deduce de la conversación mediante mensajes telefónicos, en alguno de los cuales el demandado reconoce expresamente que tiene una deuda con el demandante; y ello por cuanto entendemos que las nuevas tecnologías nos obligan a valorar como medios de prueba elementos que no han podido ser tenidos en cuenta por la legislación procesal, pero que en atención a cuanto establece el artículo 3.1 del Código Civil , " deben aceptarse como válidos, al responder a la realidad social de nuestro tiempo ". Sin embargo no podemos aceptar la totalidad de la propuesta modificatoria, pues ninguna prueba existe respecto a períodos de trabajo anteriores, ni tampoco respecto al salario que venía percibiendo, la extensión de la jornada en la que prestaba servicios, y desde luego ya hemos apuntado que es intrascendente la fecha en la que murió el enfermo al que cuidaba de cara a una posible indemnización por extinción del contrato. Bajo este criterio, el Tribunal de alzada accede a revisar vía recurso de suplicación una prueba que deviene de una fuente de prueba digital, justificando su medida en la utilidad del medio probatorio para el fin del proceso y la inminente realidad actual.

Así, el problema planteado se enfoca desde dos perspectivas contradictorias: en primer lugar, determinar si pueden ser observables o no en recurso de suplicación las pruebas que deriven de fuentes de prueba digital, a razón de la jurisprudencia analizada pareciera que la cuestión está zanjada y no se permitiría la revisión o análisis de la prueba en recurso de suplicación toda vez que el concepto de prueba documental se interpreta de manera restrictiva, sin embargo si serían admitidas las transcripciones de las mismas. El tema quedaría claro y no sería sujeto de cuestionamiento de no ser por hecho que la jurisprudencia sigue emitiendo fallos contradictorios es los que reconoce en cierto tipo de circunstancias, a las pruebas derivadas de fuentes digitales, como documental.

⁴⁴ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (16/10/2015), recurso 4071/2015.

CAPÍTULO III: LA VALORACION DE LA PRUEBA DIGITAL EN EL PROCESO SOCIAL Y LAS MEDIDAS HIPOTÉTICAS PARA AFRONTAR LAS DIVERSAS PROBLEMÁTICAS

El Derecho del trabajo, busca salvaguardar los derechos de la persona del trabajador generando un equilibrio jurídico antes una realidad fáctica desigual, es por ello que nace ante la necesidad latente, no solo de regular el trabajo asalariado sino de establecer límites al poder autonómico que tenía el empleador sobre el trabajador, estableciendo para ello mínimos derechos y garantías para los trabajadores. De igual forma, el proceso nace como parte de la facultad del Estado que busca regular o dirimir en los conflictos de las partes que acudan a él, siendo este un método de resolución de conflictos heterocompositivo, pues las parte se someten a la voluntad de un tercero que es el juez para que este, sea quien determine a quien le asiste el derecho.

Dentro de la ciencia jurídica, el desarrollo de la técnica procesal así como del derecho del trabajo ha ido en progresión otorgando más y mejores derechos al trabajador y estableciendo mayores garantías en los procesos; no obstante ello, la evolución legislativa y doctrinaria de la ciencia jurídica va de la mano con la evolución social con la finalidad que el derecho y sus instituciones regulen la conducta del hombre en sociedad; dentro de todo este proceso social, los avances tecnológicos han abanderado la batuta del progreso tomando injerencia de cada acto cotidiano del ser humano hasta llegar a convertirse en poco menos que una prótesis cibernética en el día a día de las personas, está corriente tecnológica no ha escapado de la empresa y al ser esta el motor de desarrollo social ha encontrado en el modelo empresarial una forma de desarrollo exponencial en beneficio de las organizaciones; así, se deja a un lado el sistema de trabajo fordista y se pasa a un modelo de trabajo administrativo, donde el trabajador no ofrece su fuerza de trabajo sino su capacidad intelectual para el beneficio de la compañía, todo ello afianzado con los avances tecnológicos que permiten minimizar los esfuerzos del trabajador maximizando los beneficios del empresario; esta panacea tecnológica que hace del ambiente de trabajo un paraíso de eficiencia, eficacia y efectividad, es de necesario estudio y cuidado por parte del derecho del trabajo, puesto que es bajo esta premisa tecnológica, que no solo evolucionan las formas de producción empresarial, sino también las formas de control por parte del empresario y este, en ejercicio de su poder de control y vigilancia, puede abusar de su derecho y transgredir los derechos fundamentales del trabajador con el pretexto de controlar el cumplimiento de las labores de sus empleados.

Es así como, de la realidad social, nacen los problemas jurídico procesales, tal como se habían desarrollado en el segundo capítulo de la presente investigación, el empoderamiento del empleador aunado con los avances tecnológicos permiten sistemas de control y vigilancia novísimos, pero también muy transgresores de la esfera de privacidad del trabajador, en esta realidad fáctica se plantea la problemática principal sobre el uso de las fuentes del prueba provenientes de las nuevas tecnologías que vulneran los derechos fundamentales de los trabajadores y su tratamiento en el proceso a la luz de la doctrina y diversas jurisprudencias relevantes para la materia, de manera más específica, la segunda problemática generada en este estudio es el tratamiento del despido que se produce debido la utilización de una medida transgresora de derecho de los trabajadores, si a este le corresponde la calificación de nulo o improcedente; de manera accesoria una vez analizada la ilicitud de

la fuente de prueba y superado el filtro procesal, la problemática se centra en el tratamiento de la prueba digital dentro del proceso, pues esta al carecer de un procedimiento propio es considerada, en algunas ocasiones, como medio de prueba documental generando disyuntivas propias de su actuación procesal. Finalmente como consecuencia del problema antes mencionado, está la tratativa de la prueba digital en el recurso de suplicación, toda vez que de ser considerada una documental es pasible de ser revisada vía recurso extraordinario.

El proceso social, y toda la ciencia procesal, garantiza un debido proceso que respete los derechos fundamentales de las partes, y prohibiendo cualquier tipo de transgresión a las normas positivizadas en la constitución para tutelar los derechos de los ciudadanos, derechos fundamentales, en este sentido, planteadas las problemáticas antes señaladas antes de una aproximación a las posibles soluciones hipotéticas, resulta necesario tener claro las categorías e instrumentos jurídicos que se emplean en el proceso social y así poder delimitar el ámbito de extensión del mismo como su tutela protectora a los justiciables. En primer lugar, de manera general, la función primigenia del proceso social es ser la manifestación palpable del equilibrio que busca el derecho social sustantivo; para ello, la ciencia del proceso social ofrece diversas facilidades a los trabajadores dentro del proceso, tales como la gratuidad, celeridad y prueba indiciaria, todo ello con el fin de equiparar una realidad fáctica adversa; ahora bien, dentro de la ciencia procesal en general, la parte viva del proceso es la actuación probatoria, y esta a su vez se nutre de las pruebas que aporten las partes, así pues son las fuentes de prueba las que dan vida al proceso y determinan la dirección de este; sin embargo, cuando estas se obtienen transgrediendo derechos fundamentales y libertades públicas *prima facie* no son merecedoras de calificación y deben excluirse del proceso por medio de la regla de exclusión procesal; sin embargo, si estas son admitidas por el juzgador o existe una contradicción en los diversos criterios de los interpretes normativos, la solución debe ser planteada por tribunales extraordinarios europeos que analizan los derechos fundamentales y a partir de ahí generar un precedente en el tratamiento de las pruebas adquiridas, vulnerando los derechos laborales de los trabajadores. Ahora bien respecto al tratamiento que deben recibir los despidos realizados vulnerando los derechos fundamentales de los trabajadores, la doctrina mayoritaria sostiene que estos deben ser analizados en cada caso concreto. Finalmente, respecto a la necesidad de un tratamiento específico de la prueba digital, una vez esta pase el filtro de licitud, en vista a las disyuntivas planteadas sobre su tratamiento ha llegado el momento desde una perspectiva de *lege ferenda* que se modifiquen las normas procesales y se empiece a reconocer las singularidades de la prueba digital.

Finalmente, del planteamiento de las hipotéticas soluciones de las problemáticas planteadas queda en evidencia que el debate planteado, a pesar de su relativa antigüedad, se encuentra hoy más que nunca vigente, pues si bien la teoría del proceso y la legislación garantizan el respeto a los derechos fundamentales de la persona, son los avances sociales -- y en específico los tecnológicos- los que generan una posiciones contrarias respecto a su licitud en la jurisprudencia y si se debe considerar que estas atentan o no contra los derechos fundamentales del trabajador y de ser el caso, cuál sería su calificación si en base estos medios probatorios se concluye el vínculo laboral de manera unilateral; una vez superado el filtro de licitud el debate se mantiene respecto al tratamiento que tiene la prueba digital dentro del proceso social y si debe considerarse o no un medio de prueba documental, cuestionamiento que importa no solo a la luz de la tutela ordinaria sino también en miras al recurso extraordinario de suplicación.

1. De Barbulescu I a Barbulescu II: La reivindicación de los derechos fundamentales del trabajador

La sentencia Barbulescu II significó el retorno a la senda proteccionista, el derecho del trabajo y un recordatorio para los tribunales nacionales que el derecho del trabajo defiende los derechos laborales de los trabajadores tanto dentro como fuera del centro del trabajo, pues estos por el solo hecho de ser trabajadores no pierden los derechos adquiridos por su ciudadanía. Una máxima que sintetiza esta idea a la perfección es que la protección de los derechos fundamentales son materia de tutela pues fueron adquiridos por el ciudadano-trabajador, para ser ejercidos por el trabajador-ciudadano, y de manera más específica el voto salvado del juez Pinto en Barbulescu I, señala la óptica que deben seguir los operadores jurídicos al momento de administrar justicia en el proceso social, así la afirmación: *Workers do not abandon their right to privacy and data protection every morning at the doors of the workplace* (Los trabajadores no abandonan su derecho a la privacidad y protección de datos todas las mañanas a las puertas del lugar de trabajo), cobra capital interés al momento de regular el tratamiento de la prueba obtenida, vulnerando el derecho fundamental de privacidad del trabajador. Sin embargo, para llegar a esta postura proteccionista que plantea una hipotética solución al problema del tratamiento del medio de prueba electrónico ilícito primero se tiene que analizar Barbulescu I y su errónea interpretación jurídica, hasta llegar a la técnica procesal depurada de Barbulescu II y la tutela protectora del trabajador.

A fin de delimitar el caso, resulta adecuado conocer los hechos en los que se sustenta la vulneración del derecho reclamado. En Barbulescu I⁴⁵, el trabajador había sido contratado por una empresa de instalación de calefacción como ingeniero encargado de ventas y disponía de una cuenta en Yahoo Messenger para atender las consultas de los clientes, en un determinado momento sus actividad en dicho servicio de mensajería fue auditada por su empleador (5 al 13 de julio de 2017), comprobándose que tenía múltiples conversaciones de índole personal; en un primer momento, el trabajador negó los hechos imputados que previamente fueron informados al empleador, ante ello la empresa aportó la transcripción de los mensajes privados del trabajador con algunas referencias sobre la salud y la vida sexual del trabajador. El 1 de agosto se decide extinguir de manera unilateral el vínculo laboral con el trabajador por incumplimiento de normativa interna de la empresa, la cual expresaba con claridad la tajante prohibición de uso de computadoras, teléfonos y faxes para usos personales. El trabajador demandó que la decisión del empleador vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones y al derecho a la privacidad, cuya pretensión fue desestimada tanto en instancia como en vía de recurso extraordinario en los órganos jurisdiccionales de su país. Ambas negativas se sustentaban en la existencia previa de la prohibición de uso personal de los recursos de la empresa y de manera adicional en la advertencia personal de que su actividad estaba siendo vigilada. Ante esta postura de la justicia rumana Barbulescu acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos solicitando (al amparo del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos – en adelante CEDH) tutela por la supuesta vulneración del derecho al respeto de su vida privada y correspondencia que los tribunales de su país no habían amparado, a su vez niega que se le haya informado previamente, de igual

⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (12/01/2016), TEDH 61496/08

forma refuta la tesis de los tribunales rumanos que sostienen que era la única medida posible por el empleador, así como afirma que existen medios alternativos para alcanzar el mismo resultado que resulten menos lesivos. Por su parte, el gobierno rumano afirma que los agentes y órganos jurisdiccionales cumplieron con los deberes de protección de los derechos fundamentales en la medida que el reglamento de la empresa establecía la prohibición y fue la conducta negligente del trabajador y su negativa de reconocer el uso privado lo que hizo necesaria la intervención a las comunicaciones. En sentencia, de fecha 12 de enero del 2016 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determina que no existe nada que indique que las autoridades nacionales no lograran alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del demandante al respeto de la vida privada y los intereses del empleador. Tras la sentencia de la Sala, el demandante solicitó que el proceso fuera conocido por la Gran Sala, habiendo sido aceptada dicha petición en virtud al artículo 43 de CEDH, con fecha 5 de septiembre del 2017, la Gran Sala emite una nueva sentencia⁴⁶, de ahora denominada doctrina Barbulescu.

Una vez planteados los antecedentes del caso materia de análisis, resta señalar la doctrina que esta impuso para determinar el impacto de la sentencia en los órganos de justicia ordinarios, al respecto el profesor Goñi⁴⁷ realiza un pulcro desglose de la doctrina Barbulescu I. Respeto a la primera sentencia, de enero del 2016, el autor señala que la doctrina del tribunal tenía diferencias en dos partes muy marcadas: en primer lugar, el juicio de admisibilidad de la demanda; y en segundo lugar, el enfoque estaba referido al justo equilibrio de las partes en el conflicto; respecto al primer punto el análisis que la sala se plantea es que si a la vista de la de la prohibición impuesta por el empleador el demandante mantenía una expectativa razonable de que sus conversaciones no fueran monitoreadas, considerando que la empresa tuvo acceso al contenido de las comunicaciones del trabajador a través del correo corporativo y las transcripciones de la conversación fueron utilizados en un proceso disciplinario contra él, se concluye que en virtud al artículo 8 CEDH es aplicable el caso por lo cual es admisible; ahora, respecto al segundo punto, referente al justo equilibrio, legitima el acceso del empresario al correo corporativo del trabajador y de manera accesoria convalidando la actuación disciplinaria llevada a cabo por el empleador, atribuyendo gran importancia a que el trabajador negara el uso personal del equipo y por tanto hiciera presumir el carácter profesional de las comunicaciones razón en la que se sustenta la injerencia del empleador; asimismo, el Tribunal no encuentra mayor problema en la transcripción de las comunicaciones toda vez que queda limitada solo a lo imprescindible para demostrar la falta del trabajador, tampoco considera oportuna la tesis sostenida por el actor, referente a la ausencia de perjuicio real a la empresa por las comunicaciones personales, concluyendo que la supervisión del empleador tiene un carácter limitado y proporcionado.

En vista al criterio del Tribunal, la sentencia Barbulescu I dejó más dudas que certezas; en primer lugar, respecto la obligatoriedad de comunicación previa por parte del empleador sobre la política de supervisión de medios informáticos, puesto que no contiene reflexión alguna en tal extremo ni señala las consecuencias de dicha omisión;

⁴⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (05/09/2017), TEDH 2017/61.

⁴⁷ GOÑI SEIN, J., La vigilancia empresarial de las conversaciones electrónicas de los trabajadores., *Trabajo y Derecho*, N° 18, 2016, pp. 78-84

en cuanto a la legitimidad del control, tampoco hace mención sobre la tesis esgrimida por el actor referente al carácter desproporcionado de la medida y la existencia de medios menos lesivos de derechos que obtengan el mismo fin; el Tribunal rechaza lo señalado por el trabajador pues considera que la medida fue proporcionada y de alcance limitado; tampoco resulta clara la aplicación de los principios de protección de datos, escapando del análisis de la Sala, no solo la injerencia de la vida privada del trabajador sino también su derecho a la autodeterminación informática; finalmente, tampoco ha insidiado en la facultad del empleador de intervenir las conversaciones de sus empleados, en específico, no ha precisado si la prohibición general impuesta puede llegar a tener un carácter totalizador, en el sentido de permitir acceder a cualquier contenido de conversaciones realizadas. Sin embargo, todas las disyuntivas y cuestiones que dejó planteada la cuestionable sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Barbulescu I*, serán resueltas por la Gran Sala en *Barbulescu II*.

En este sentido, es el mismo profesor Goñi⁴⁸ quien en otro artículo de capital interés desglosa los principales puntos de la sentencia *Barbulescu II* y como se reivindican los derechos fundamentales del trabajador, protegiendo las comunicaciones electrónicas del mismo. Señala el autor que el nuevo régimen establecido en la sentencia parte del reconocimiento que los estados miembros tienen un margen de discrecionalidad para adaptar dentro de su regulación interna el marco jurídico más adecuado para el control de las comunicaciones no profesionales, electrónica o de otro tipo, realizados por los empleados en el lugar de trabajo; sin embargo, esta libertad resulta de alcance limitado, puesto que los tribunales nacionales deben velar por que dichas medidas por parte del empresario vayan de la mano con garantías adecuadas y suficientes contra los abusos; considera además que la proporcionalidad y las garantías procesales contra el carácter arbitrario son esenciales en el contrapeso, es en este orden de ideas, y basado en los puntos antes señalados, que el Tribunal desarrolla lo que se conoce en la actualidad como el test *Barbulescu*. En primer lugar, el tribunal considera que debe existir una información previa sobre la posibilidad de la supervisión, una obligación empresarial de transparencia y que la advertencia debe ser en principio clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma. En segundo lugar, desarrolla la idea de una limitación de la medida de control, el poder de control empresarial se sujeta a una adecuada conexión al objeto, supone evaluar la pertinencia, adecuación y limitación de la medida de control relacionada con dicho fin. En tercer lugar, el Tribunal considera que existe una necesidad de concurrencia de un motivo legítimo que justifiquen la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido. En cuarto lugar, el Tribunal trata sobre la estricta necesidad de la medida de monitorización, señala que *habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivas que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleador*. En quinto lugar, señala que debe haber proporcionalidad y compatibilidad con el fin declarado, para el caso en concreto verificar cuales fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado. En sexto lugar, trata de una garantía de lealtad en la adopción de la medida, esto es si al *empleado se le ofrecieron garantías adecuadas*,

⁴⁸ GOÑI SEIN, J., La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: La doctrina del Tribunal de Estrasburgo y jurisdicción constitucional., *Trabajo y Derecho*, N° 40, 2018, pp. 12-27

particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo, estas garantías buscan impedir la intromisión del empleador sin que el empleado hubiera sido previamente informado de la eventualidad. Los criterios antes mencionados definen los límites dentro de los cuales es reconocido al empresario, la facultad de acceder a la información del empleado registrado en los dispositivos electrónicos; así mismo, dichos principios deberán ser valorados por los tribunales nacionales al momento de realizar la ponderación de intereses en conflicto.

La doctrina *Barbulescu II*, resulta mucho más tuitiva que su antecesora y ofrece una valoración más adecuada sobre la monitorización de las comunicaciones electrónicas del empleado, por un lado se observa una evolución interpretativa y a su vez se hace evidente un distanciamiento con los postulados de la sala en *Barbulescu I*, esta sentencia dejó sentada la idea de que no existirán controles sin límite por el solo hecho de haber establecido una política restrictiva y que tampoco serán aceptables los controles con aviso y conocimiento previo sino se alcanza un justo equilibrio de los intereses en conflicto.

La doctrina sobre la materia determina algunos puntos interesantes sobre la novísima sentencia *Barbulescu II* y su óptica tuitiva a la protección de los derechos fundamentales del trabajador. En primer lugar, la sentencia otorga un papel creciente y determinante a los principios de la protección de datos, la gran sala ha incidido de manera más categórica en el deber de información previa por parte del empresario sobre las reglas de uso de los dispositivos facilitados por la empresa, señalando que el bien jurídico tutelado es la protección a la autodeterminación informativa, concluyendo que el legítimo interés del poder de control empresarial de las comunicaciones electrónicas encuentra su límite directo en los principios del reglamento de protección de datos. En segundo lugar, la existencia de un test de legitimidad para la ponderación de intereses contrapuestos, en este sentido es posible identificar dos núcleos de principios que regulan dos momentos distintos: por un lado están los requisitos que deben considerarse al momento previo a la adopción de la medida de control y por otro lado los requisitos que deben tomarse al momento de la realización de la vigilancia de correspondencia del trabajador; así un desglose de los principios siguiendo un orden operativo temporal. El principio de transparencia sobre el acceso de los empleadores a las conversaciones de los empleados, referente a que los trabajadores deberán ser informados de ello de forma correcta y regular en virtud de una política clara de respeto a la vida privada. Respecto a los motivos legítimos que puedan justificar la vigilancia de las conversaciones del empleador, la sentencia afirma que: *el acceso de los empleadores a las comunicaciones electrónicas profesionales de sus empleados solo podrá suceder en caso de necesidad por razones de seguridad y otros motivos legítimos*. En lo referente a los requisitos orientados a garantizar la privacidad del trabajador en el momento de la realización de la monitorización de las conversaciones del empleado, se desarrolla el principio de necesidad que obliga a entender que el control de los mensajes del empleado solo es posible cuando no exista otra alternativa, por lo cual se debe aplicar otras medidas de carácter preventivo o alternativo variables en función de la finalidad del control. De manera complementaria a este principio, la sentencia establece un principio de minimización de la vida del trabajador que obliga al empleador a reducir al máximo los accesos o registros de las conversaciones del trabajador, por lo cual resulta incompatible

a este principio la instalación de determinados programas que registran absolutamente todo lo que realizan incluso acceso a internet y conversaciones. En caso de concurrencia de un interés legítimo empresarial, los principios de proporcionalidad y compatibilidad subrayan la necesidad de limitar la modalidad del control, el principio de proporcionalidad comporta el deber de extender el control solo a una parte de las comunicaciones y no a la totalidad de ellas; y el de compatibilidad, que obliga al empresario a que la información personal recabada no sea tratada de manera incompatible con los fines determinados, explícitos y legítimos declarados. Finalmente, se establece un principio de lealtad, que es relacionado con el deber de no acceder al contenido de las conversaciones sin haber notificado previamente al trabajador.

Una vez descrito los hechos y delimitado los alcances, las sentencias Barbulescu, analizando su *iter* evolutivo en beneficio de los derechos fundamentales del trabajador, resulta importante analizar los desajustes con la doctrina constitucional y jurisprudencial española que fue materia de análisis. En el segundo capítulo de la presente investigación, de lo antes analizado se puede afirmar que tanto la doctrina jurisprudencial como casacional resultan del todo disonantes con la sentencia establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de manera general se puede señalar que tanto la jurisprudencia como el máximo intérprete de la constitución se muestran reuentes a situar el problema del control de las conversaciones electrónicas en el ámbito del derecho a la autodeterminación informativa, existe una gran divergencia respecto a la valoración del impacto sobre la privacidad del trabajador de la prohibición de uso de herramientas informáticas reduciendo dramáticamente la esfera de dignidad del trabajador. Del análisis de la jurisprudencia podemos afirmar que los órganos y operadores de justicia española han interiorizado la idea de *variabilidad del alcance de poder de vigilancia* por lo cual se afirma que *los grados de intensidad o rigidez con los que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función a las condiciones de disposición y uso de herramientas informáticas y de las instrucciones que haya repartido el empresario para tal fin*⁴⁹. En contraste con lo señalado, la doctrina Barbulescu establece que el empresario no es libre de configurar como quiera las posibilidades de control puesto que no puede omitir el núcleo indisponible de tutela de la dignidad del trabajador. Respecto al poder de control de las conversaciones del trabajador, si bien la jurisprudencia española ha afianzado últimamente la utilización del test de proporcionalidad bajo la sentencia Barbulescu, esta se ha afianzado con una serie de estándares mínimos que remiten a los principios de protección de datos, así deberá cumplirse con el deber de información previa, de interés legítimo, de necesidad, de alcance de la vigilancia y de grado de intrusión de la vida del trabajador, de debidas garantías de privacidad del trabajador, de finalidad, siendo este un juicio más extenso. Respecto al ejercicio de poder de control empresarial, en la decisión del Tribunal no es difícil hallar una orientación diversa toda vez que la información previa de los mecanismos de control es una condicional de licitud, por lo cual el empleador deberá informar al trabajador sobre la instalación de programas de control instalados. Finalmente, con relación al interés legítimo que el empresario puede esgrimir para llevar a cabo medidas de registro de las conversaciones de los trabajadores, de lo señalado por el Tribunal se concluye que las empresas no podrán disponer un

⁴⁹ Tribunal Constitucional (17/12/2012), recurso 7304-2007.

control de las conversaciones electrónicas con el solo propósito de ejercer un control profesional y no personal del mismo, ni siquiera cuando hubiera establecido una prohibición absoluta de uso con fines no profesionales de los medios de las cuentas de correo o servicios de mensajería.

Como se ha podido demostrar a detalle, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional están lejos de los postulados establecidos por la doctrina Barbulescu, en la medida que esta es muy tuitiva de los derechos laborales de los trabajadores, una novedad interesante es la aplicación del nuevo test de legitimidad al que deben someterse los empresarios a la hora de adoptar las medidas de registro de conversaciones electrónicas del trabajador y la privacidad del trabajador e impone una necesidad de verificar la concurrencia de los requisitos de licitud.

Bajo estos antecedentes, y a la luz de lo expuesto en Barbulescu I y II, es importante sentar una cuantas premisas que permitan entender con mayor claridad la doctrina Barbulescu: en primer lugar, la doctrina que emana de esta sentencia amplia es velo protector de los derechos fundamentales de los trabajadores basándose no solo en la protección a la privacidad del trabajador sino también sustentando su postura en los principios de la protección de datos personales; en segundo lugar, la doctrina Barbulescu limita de manera dramática el poder de vigilancia y control empresarial establecido barreras más amplias para que estos puedan transgredir la esfera de privacidad del trabajador, esta serie de filtros han sido expuestos *up supra* en lo que se conoce ahora como el Test Barbulescu; finalmente, en un comparativo con la legislación española, la misma ha sufrido un proceso involutivo en la forma de tutelar los derechos fundamentales del trabajador, así pasó de restringir el acceso a la esfera privada del trabajador hasta permitirlo, sustentándose en la variabilidad del poder de vigilancia y control en virtud de las circunstancias del caso; sin embargo, en base a la sentencia Barbulescu, los órganos de justicia españoles van a verse obligados a realizar un análisis detallado del principio de autodeterminación informática como eje central del marco protector de la privacidad del trabajador en el uso de las nuevas tecnologías.

De todo lo dicho, una de las primeras manifestaciones de la sentencia Barbulescu en la doctrina jurisprudencial española se ve reflejada en la STS 589/2018, del 8 de febrero del 2018⁵⁰, en la que se ventila el proceso de un despido disciplinario de un trabajador que percibió dinero de un proveedor de su empresa habiéndose acreditado estos hechos a través del correo electrónico de empresa del trabajador⁵¹; al respecto en

⁵⁰ Tribunal Supremo Sala de lo Social (08/02/2018) recurso 3389/2015

⁵¹ Los hechos que circunscriben la presente *litis* son los siguientes: El trabajador prestaba servicios para la empresa en el departamento de compras. En 2016 recibió dos transferencias de una empresa proveedora. El trabajador se reenvió el correo de la empresa con las trasferencias que había recibido, ante esto un compañero encontró de casualidad el contenido de los correos y le informó al superior jerárquico. Producto de ello la empresa inicia un proceso administrativo al trabajador, mediante el cual realiza revisión de su correo electrónico encontrado los correos electrónicos con las transferencias. Producto de dicha investigación el trabajador es despedido, mediante despido disciplinario. El actor interpuso una demanda ante el juzgado de lo social y fue desestimada, posteriormente interpuso recurso de suplicación contra la sentencia emitida por el juzgado, que considero procedente el despido pero ilícita la prueba obtenida en el correo electrónico del trabajador. Finalmente, tanto empresa como trabajador interpone recurso de casación contra la sentencia de suplicación.

virtud a la doctrina Barbulescu, el Tribunal considera que las medidas aplicadas por el empleador fueron muy intrusivas pudiéndose haber obtenido el mismo resultado sin vulnerar la esfera privada del trabajador, ahora bien los criterios jurídicos que llevaron al tribunal a esta conclusión son los siguientes: El primer punto es ponderar el poder de control o vigilancia sobre el derecho a la intimidad del trabajador a la luz de la revisión del correo electrónico, para ello si bien el tribunal señala que los derechos fundamentales del trabajador no son absolutos y son pasibles de análisis a través de la proporcionalidad, el tribunal también hace un análisis de la doctrina Barbulescu II en la que se especifica los requisitos o criterios que debe representar el empleador para invadir la esfera privada del trabajador y al no haberse cumplido con los requisitos el tribunal falla a favor del trabajador; finalmente dicha sentencia que a título personal, retoma la senda que debe seguir el derecho del trabajo y en específico el proceso social.

Centrando la materia, desde la óptica del encaje legal es acoplado en la norma adjetiva (artículo 91.1 de la LJS), puesto que las transmisiones efectuadas por medios electrónicos proporcionan un registro que tiene valor probatorio, estas al introducirse y demostrarse en el proceso podría hacerse vulnerando los derechos fundamentales de los trabajadores; al respecto Pérez Carro⁵² señala cuando la prueba del uso del correo electrónico vulnera los derechos fundamentales del trabajador; en primer lugar, se enfoca en el derecho a la dignidad del trabajador que comprende la intimidad, secreto de las comunicaciones, son derechos irrenunciables por lo que tiene la confianza legítima que se respetará la vida privada en el lugar de trabajo y que no decae por el uso de medios informáticos, por lo cual el correo electrónico está amparado por el secreto de las comunicaciones; el segundo punto que se abarca es la protección de datos y utilización del correo electrónico, señala que el correo electrónico o los archivos que van incorporados en él pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad ya que puede contener información reveladora sobre la vida privada, por ello para poder acceder el empresario a cualquier archivo o documento se exige el consentimiento inequívoco del interesado; sin embargo, no existe en el ordenamiento jurídico español regulación específica que aborde el control empresarial respecto al uso de las nuevas tecnologías. Así las cosas, se entiende que existe vulneración a los derechos fundamentales del trabajador cuando no se ha respetado la dignidad del trabajador -y los derechos que esta conlleva-, ni la protección de datos personales que vulneran la privacidad del empleado; no obstante ello, no existe una postura contundente en cuanto la jurisprudencia sobre el tratamiento de prueba del uso de correo electrónico, sin embargo se compartirán las diversas posturas en el acápite reservado para el análisis de jurisprudencia.

Finalmente, de todo lo analizado, no resulta apresurado concluir que la doctrina Barbulescu ha establecido un criterio más tuitivo y proteccionista de los derechos fundamentales de los trabajadores, regulando el poder de dirección y vigilancia del empresario y controlando en mayor medida los excesos en las medidas de vigilancia y por consiguiente reduciendo el uso de fuentes de prueba que vulneren los derechos laborales de los trabajadores. Así la problemática planteada y su constante contraposición se ve regulada por un tribunal extraordinario europeo que delimita una

⁵² PEREZ CARRO, A., “La prueba del uso indebido del correo electrónico como motivo de despido laboral”, ABEL LLUCH, X. y PICÓI JUNOY, J., en *La prueba judicial*, La Ley, Madrid, 2010, pp.1881-1901

postura mucho más tuitiva para la protección de los derechos fundamentales del trabajador. Si bien las sentencias Barbulescu se basan solo en el uso de correo electrónico y la trasgresión del empleador en la esfera privada del trabajador solo referido a ese medio electrónico a razón de Gallardo⁵³ *el test Barbulescu (...) podría perfectamente ampliarse a cualquier conflicto entre vigilancia electrónica o informática y otros derechos fundamentales comprometidos*, con lo que la amplitud de la sentencia permite que esta sea aplicada a todos los casos referentes al poder de vigilancia y control empresarial por medios digitales, a su vez controlando la adquisición de medios probatorios provenientes de fuentes de prueba que violenten los derechos laborales del trabajador. Así la doctrina Barbulescu, y dentro de ella de manera más específica el test Barbulescu, restringen y controlan la adquisición y utilización de fuentes de prueba que vulneren la esfera privada del trabajador.

2. Hermenéutica compositiva de la calificación de despidos

Dentro del problema que generaba el uso de un medio de prueba electrónico ilícito, de manera accesoria, se presentaba como un problema de interpretación técnico procesal, la calificación de un despido que se sustentó en un medio de prueba ilícito existiendo posturas contrapuestas que por un lado calificaban al despido de improcedente, pues la prueba ilícita no es ajena al vínculo laboral por lo cual la medida tomada por el empleador no es arbitraria ni ajena a la relación laboral sino que se apropió de esa prueba de manera ilícita y en virtud a ella tomo una medida disciplinaria ante la evidencia mostrada; sin embargo por otro lado, parte de la doctrina consideraba que le era aplicable la doctrina del árbol ponzoñoso, mediante el cual, el despido al haber ejecutado ante la evidencia de una prueba ilícita este es afectado por la ilicitud de la prueba y al haberse vulnerado los derechos laborales del trabajador el despido vendría a ser nulo.

Respecto a las posturas antes señaladas la doctrina ha establecido ciertos criterios puntuales que ayudarían a delimitar cuando le corresponde calificación de nulidad o de improcedencia al despido producido ante la evidencia de una prueba ilícita, lo primero que se debe tener en cuenta es que existe una relación directa entre la vulneración a la privacidad y la causalidad del despido puesto que la causa de extinción reside en la afectación a la privacidad; así, para determinar la afectación al trabajador y consecuentemente otorgar una calificación al despido, este debe analizarse en cada caso concreto toda vez que no en todos los casos de vulneración al derecho fundamental del trabajador el empleador ha actuado de manera premeditada, existiendo la posibilidad de que este en un chequeo rutinario encuentre una medida contraria a derecho que sea pasible de sanción, como existen casos en que la intromisión de la esfera privada del trabajador tiene como única finalidad la adquisición de un medio de prueba con el que se le pueda sancionar. Ahora bien, la doctrina del fruto del árbol ponzoñoso, solo resulta aplicable cuando se está frente a una prueba única ilícita, toda vez que si se está ante un conjunto de pruebas que acreditan el comportamiento pasible de sanción del trabajador,

⁵³ GALLARDO MOYA, R.: “Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso Barbulescu II c. Rumania”, Revista de Derecho Social, N° 79, 2017, p. 147

resulta indistinto si una de ellas se adquirió vulnerando los derechos fundamentales y libertades públicas. Conforme se detalla la dificultad de establecer un criterio consensuado sobre la calificación del despido generado a partir de la evidencia de un medio de prueba ilícito radica en la pluralidad de contextos en los que se puede adquirir el mismo y en la cantidad de medios de prueba que acompañen al obtenido ilícitamente.

Finalmente, resta por analizar cuáles serían las consecuencias del uso de la prueba ilícita en el proceso y si partiendo de ella el trabajador es pasible de sanción o despido, al respecto la legislación es clara al señalar en el artículo 55 ET, y el 108.2 LJS que es nulo cualquier despido que se produzca con violación a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador; sin embargo, la jurisprudencia no ha tenido un pronunciamiento consensuado por lo cual la doctrina ha sintetizado las posturas jurisprudenciales en tres aristas: la primera, es la postura de incomunicación, que considera que la ilicitud de la prueba no supone la nulidad del despido de modo que la ilicitud procesal no debe compaginarse con la medida sustantiva; la segunda postura es la irradiación, considera que la ilicitud de la prueba irradia sus efectos al despido, que debe calificarse como nulo; por último se encuentra la postura intermedia, esta señala que aunque la prueba se obtenga con vulneración de los derechos fundamentales, si existen otras pruebas independientes que acrediten el despido y no tengan conexión con la prueba ilícita, puede declararse la procedencia de este. Ahora bien, una vez determinado los tipos de corrientes que califican el despido hay que tener en claro cuál es el efecto de la vulneración de los derechos fundamentales, en este sentido la norma adjetiva (artículo 182.1 LJS) señala que la consecuencia de la vulneración del derecho fundamental es que el órgano jurisdiccional dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior de producirse la lesión al derecho fundamental, así como las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, esto incluye la indemnización correspondiente. Una vez analizadas las diversas posturas y la consecuencia de la prueba digital ilícita no se puede perder de vista que la primera consecuencia de la prueba digital ilícita es la regla de exclusión, mediante la cual se excluye del proceso a la prueba cuya fuente de prueba se obtuvo vulnerando los derechos fundamentales de la persona; sin embargo, estas consecuencias procesales no excluyen de la necesidad de reparar las consecuencias derivadas de la prueba ilícita que se producen en el orden sustantivo en la medida que la norma adjetiva laboral obliga una tutela restitutoria ante la vulneración de derechos fundamentales. De lo mostrado *up supra*, se puede concluir que la calificación del despido va a ser determinado en cada caso en particular basado en la forma de obtención de la prueba ilícita así como si esta se encuentra acompañada o no de otros medios probatorios que sustenten la medida disciplinaria. Se concluye que si la prueba del despido es ilícita, siendo única prueba el despido es nulo; si junto a esta prueba ilícita concurren otras pruebas que derivan de la primera, por doctrina de la prueba del árbol ponzoñoso el despido sería nulo; finalmente, si junto a la prueba del despido concurren otras pruebas que no son ilícitas y que no están conectadas ni causal ni jurídicamente a la prueba ilícita el despido no será nulo.

3. La necesidad de un procedimiento propio para la prueba digital

Como se había explicado en su momento, la ciencia procesal está atravesando por una corriente evolutiva en la cual se acoplan al proceso los avances tecnológicos que facilitan la vida del hombre, en el proceso social, los avances tecnológicos han adquirido un papel preponderante como fuentes de prueba tanto para el empleador como para el trabajador; sin embargo, la utilización de estos medios probatorios, una vez superado el filtro de licitud, generarán una serie de problemáticas referente a su tratativa; las problemáticas pueden definirse en dos bloques: El primero sería las problemáticas planteadas por su tratamiento en juzgados ordinarios, en este contexto lo primero que se cuestiona es si puede tratarse como medio de prueba documental cuya respuesta está condicionada al tipo de prueba digital presentada; sin embargo, una vez superado ese filtro y al admitir dentro del proceso la actuación del medio de prueba electrónico se generan otra serie de problemáticas, respecto a determinar la autenticidad del medio probatorio así como su autoría y veracidad; ahora, el segundo punto es referente a su tratamiento en recursos extraordinarios, en específico en el recurso de suplicación, de igual forma que en el primer punto una vez superado su tratamiento como prueba documental resta considerar si puede administrar dentro del recurso de suplicación una transcripción o fotocopia de un medio de prueba electrónico (entiéndase mensajes de texto, correo electrónico, etc.).

En este sentido, la ya mencionada sentencia del STS UD, del 16 de junio - REC 3983/2010⁵⁴, refiere que *“la idoneidad de la prueba de los instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido para revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, se enmarca dentro de un recurso de carácter extraordinario.” En efecto, el recurso de suplicación tiene dicho carácter, tal y como resulta de su configuración legal, expresamente reconocida en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral del 12 de enero de 1989, en su propia regulación y en las normas comunes a los recursos de casación y suplicación que aparecen en la Ley de Procedimiento Laboral. Asimismo ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, desde la sentencia del 26 de enero de 1961 y por el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencias 3/83, del 25 de enero de 1983; 17/86, del 13 de octubre de 1986 y 79/85, del 3 de julio de 1985. “Consecuencia de tal carácter es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental” o pericial practicada en la instancia, por lo que la interpretación del concepto de prueba documental, a la vista del carácter del recurso, necesariamente ha de ser efectuada de forma restrictiva.*

En este sentido, quedaría aclarado el tema del tratamiento de la prueba digital en el recurso de suplicación, en la medida que se señala el concepto de documental debiéndose interpretar este de manera restrictiva, por lo cual no podría ser reconocido como prueba documental; ahora, respecto al tratamiento en juzgados ordinarios se hizo referencia a que estos deberán determinarse en cada caso en concreto de acuerdo al medio de prueba ofrecido y qué tipo de aparato tecnológico o digital sea.

Ante esta disyuntiva planteada, todas las problemáticas que supone el tratamiento de la prueba digital en el proceso social, así como el nulo aporte esclarecedor

⁵⁴ Tribunal Superior de Justicia de Galicia (15/06/2010), recurso 3983/2010

de la jurisprudencia y la doctrina resulta importante la generación de un propio procedimiento para la prueba digital que comprenda todas sus particularidades técnicas y permita acoplarse de la manera más idónea al proceso, este procedimiento debe establecer los pilares del tratamiento de prueba digital tanto en juzgados ordinarios como en recurso de suplicación, y los requisitos para la validación de autenticidad, autoría y veracidad, así como sobre el valor de las transcripciones de medios prueba electrónico.

CONCLUSIONES

1. Los avances tecnológicos juegan un papel preponderante en el desarrollo de la sociedad y en específico de la empresa; ante ello, la tecnología no solo sirve como estandarte de eficacia, eficiencia y efectividad, sino también como instrumento idóneo para ejercer el poder de vigilancia y control empresarial; en este contexto, resulta muy fácil para el empleador transgredir sus facultades y vulnerar los derechos fundamentales del trabajador con la finalidad de vigilar el cumplimiento de las obligaciones laborales, es aquí donde se materializa la problemática referente a los medios de prueba electrónicos ilícitos.
2. Tanto la doctrina jurisprudencial como la doctrina casacional no han asumido de manera confrontacional la tutela de los derechos fundamentales del trabajador rehuendo al análisis profundo de la materia, sin desarrollar el principio de autodeterminación informativa como pilar básico que sustenta la protección de la esfera privada del trabajador en el uso de medios electrónicos facilitado por su empleador, medida que no ha sido analizada ni en tribunales ordinarios ni extraordinarios generando una suerte de indefensión e incertidumbre jurídica para el trabajador.
3. La doctrina Barbulescu y en especial el test Barbulescu, han establecido una óptima solución a la incertidumbre perennizada por los órganos y operadores de justicia españoles, estableciendo un claro límite a las facultades de injerencia del empleador bajo el pretexto del ejercicio de vigilancia y control empresarial, ahora corresponde al órgano jurisdiccional implementar dicha doctrina en la justicia ordinaria, a fin de limitar la obtención de fuentes de prueba basadas en las nuevas tecnologías que vulneren los derechos fundamentales de los trabajadores.
4. A pesar del importante aporte de la doctrina Barbulescu, al reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales del trabajador, así como la implementación de principio de autodeterminación informática como base de la esfera privada del trabajador, la nueva concepción del poder del control no resuelve todos los problemas y suscita algunas interrogantes respecto de la interpretación y algunos requisitos exigidos; por ejemplo, si es posible determinar el uso de internet como un derecho del trabajador, si es admisible la prohibición total de un uso personal de los medios electrónicos, etc.
5. A manera de colofón, las soluciones planteadas en el capítulo tercero permiten integrar dentro de la presente investigación, no solo la tendencia, desde la perspectiva procesal, de la tutela judicial efectiva y su finalidad última en el proceso al servicio de garantizar correcto desenvolvimiento de proceso, sino en específico la tutela judicial efectiva del empleador cuya fuente de prueba para sancionar al trabajador se obtiene de manera ilícita, respecto a este *iter* evolutivo encontramos ciertas puntos principales que dan orden al trabajo:

- a. En primer lugar se parte desde un premisa de vulneración de derechos fundamentales y del respeto a la esfera privada del trabajador por parte del empleador, y a partir de sentencias poco tutelares o contradictoras, se genera un problemática.
- b. Luego de ello, dentro de la realidad problemática se observan problemas no solo en la ilicitud de la prueba, sino también en su licitud y en su tratamiento en caso de despido.
- c. La jurisprudencia de tribunales de derechos humanos ofrecen una solución central al problema planteado, y la doctrina y jurisprudencia plantean posibles hipótesis de los problemas accesorios.

Finalmente, la solución que se puede esperar no es otra que la reivindicación de los derechos laborales de los trabajadores y el obligatorio respeto a la tutela judicial efectiva por parte de los tribunales.

6. La calificación del despido obtenido mediante fuente de prueba derivada de la nueva tecnología que atente contra los derechos laborales del trabajador recibirá la calificación de nulo o improcedente acorde con las circunstancias determinadas en cada caso en concreto; en este sentido, la jurisprudencia debería redoblar esfuerzos por adquirir un criterio unánime a la luz de los criterios establecidos por la doctrina especializada en la materia.
7. Ha llegado el momento que el legislador desde una perspectiva de *lege ferenda* modifique las normas procesales y empiece a reconocer las particularidades de la prueba digital, estableciendo criterios para reconocer autenticidad, autoría y veracidad. Zanzar el debate sobre su tratamiento como prueba documental, así como la disyuntiva de su tratamiento en el recurso de suplicación como medio de prueba derivado de un proceso ordinario.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, X. y PICÓI JUNOY, J., *La prueba electrónica*, Bosch Editor, Barcelona, 2011.
- AGUSTÍ JULIA, J., *La prueba en el proceso laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.
- BAZ TEJEDOR, J. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso del trabajo*, Lex Nova, Madrid, 2006.
- DE LA TORRE RODRIGUEZ, P., ¿Es válido el uso de mensajes de Whatsapp como prueba en un proceso judicial?, *El Derecho*. Recuperado de: http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/internet_y_tecnologia/mensajes-Whatsapp-prueba-proceso-judicial_11_924805001.html
- FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- FALGUERA BARÓ, M., “Nuevas tecnologías y trabajo (y III): Perspectiva Procesal”, *Trabajo y Derecho*, Nº 22, 2016.
- GALLARDO MOYA, R.: “Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso Barbulescu II c. Rumania”, *Revista de Derecho Social*, Nº 79, 2017.
- GARCIA- PERROTE ESCARTIN, I., *La prueba en el proceso del trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.
- GIL PLANA, J., *La prueba en el proceso laboral*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- GOÑI SEIN, J., Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: Análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016. *Revista Derecho Social*, Nº78, 2017.
- GOÑI SEIN, J., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.
- GOÑI SEIN, J., La vigilancia empresarial de las conversaciones electrónicas de los trabajadores., *Trabajo y Derecho*, Nº 18, 2016.
- GOÑI SEIN, J., La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: La doctrina del Tribunal de Estrasburgo y jurisdicción constitucional., *Trabajo y Derecho*, Nº 40, 2018.
- KELSEN H. *Teoría pura del derecho*. EUDEBA, Buenos Aires, 1982.

- LOUSADA AROCHENA, J., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Aranzadi Social*, Nº05, 2006.
- MARÍN ALONSO, I., *El poder de control empresarial sobre el uso de correo electrónico en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Colección Estudios, Madrid, 2002.
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2015.
- MURILLO DE LA CUEVA, P., “Perspectivas del derecho a la autodeterminación informática”, *Revista de internet, derecho y política*, Nº 05, 2007.
- PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *Derecho del Trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017.
- PEREZ CARRO, A., “La prueba del uso indebido del correo electrónico como motivo de despido laboral”, ABEL LLUCH, X. y PICÓI JUNOY, J., en *La prueba judicial*, La Ley, Madrid, 2010.
- PRECIADO DOMÉNECH, C., “La videovigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista de Derecho Social*, Nº77, 2017.
- PRECIADO DOMÉNECH, C. y PURCALLA BONILLA, M., *La prueba en el proceso social*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- RODRÍGUEZ, M., El absentismo visual, Observatorio de Recursos Humanos. Recuperado de: <https://www.observatoriorh.com/productividad/tribuna-el-absentismo-virtual.html>
- TARUFFO, M., *La Prueba, artículos y conferencias*, Metropolitana, Santiago, 2008.

LEGISLACIÓN

- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. BOE. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>.
- Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23399>.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=1>.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12666>.

Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 de 13 de diciembre. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750>.

Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-8758>.

Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>.

LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>.

Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016, Reglamento general de protección de datos. Recuperado de: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

Convenio Europeo de Derechos Humanos revisado en conformidad con el Protocolo N° 14, de 1 de junio de 2010. Recuperado de: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (03/04/2007), TEDH 2007/23. Recuperado de: <http://www.informatica-juridica.com/anexos/sentencia-3-de-abril-de-2007-asunto-copland-contra-reino-unido/>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (12/01/2016), TEDH 61496/08. Recuperado de: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/5096/documento/foro02.pdf?id=6757>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (05/09/2017), TEDH 2017/61. Recuperado de: <http://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/Sentencia-id190106.pdf>

SENTENCIAS DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional (28/02/1994), recursos 2.302/90 y 1.445/91. Recuperado de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1994/57>.

- Tribunal Constitucional (11/02/2013), recurso 10522-2009. Recuperado de:
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-2712.
- Tribunal Constitucional (03/03/2016), recurso 7222-2013. Recuperado de:
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-3405.
- Tribunal Constitucional (20/07/1993), recurso 1.827/90. Recuperado de:
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/elGR/Resolucion/Show/SENTENCIA/1993/254>.
- Tribunal Constitucional (29/11/1984), recurso 167/1984. Recuperado de:
<http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/367>.
- Tribunal Constitucional (26/06/2000), recurso 2.341/97. Recuperado de:
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2000-14336.
- Tribunal Constitucional (07/11/2011), recurso 5928-2009. Recuperado de:
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-19231.
- Tribunal Constitucional (10/04/2000), recurso 4.015/96. Recuperado de:
<https://www.boe.es/boe/dias/2000/05/18/pdfs/T00041-00048.pdf>.
- Tribunal Constitucional (10/07/2000), recurso 2.662/1997. Recuperado de:
<https://www.boe.es/boe/dias/2000/08/11/pdfs/T00029-00036.pdf>
- Tribunal Constitucional (07/10/2000), recurso 2907-2011. Recuperado de:
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-11681.
- Tribunal Constitucional (17/02/1998), recurso 3.694/94. Recuperado de:
<https://www.boe.es/boe/dias/1998/03/17/pdfs/T00031-00039.pdf>.
- Tribunal Constitucional (16/12/2013), recurso 5790-2012. Recuperado de:
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23728>.
- Tribunal Constitucional (17/12/2012), recurso 7304-2007. Recuperado de:
<https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-constitucional-n-241-2012-tc-rec-recurso-amparo-7304-2007-17-12-2012-12190421>

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA:

- Tribunal Supremo Sala de lo Social (27/09/2007), recurso 966/2006. Recuperado de:
<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/326542/Despido/20071018>.
- Tribunal Supremo Sala de lo Social (08/02/2018) recurso 3389/2015. Recuperado de:
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasemat ch=TS&reference=8307796&links=&optimize=20180305&publicinterface=true%20%E2%80%A6>

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA:

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (25/04/2014), recurso 4347/2014. Recuperado de:
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7450490&links=%224347%2F2014%22&optimize=20150818&publicinterface=true>.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (05/11/2008), recurso 4747/2008. Recuperado de:
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=4275404&links=%224747%2F2008%22&optimize=20090205&publicinterface=true>.

Tribunal Superior de Justicia Valencia (19/12/2008), recurso 4384/2008. Recuperado de:
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=4473998&links=%224384%2F2008%22&optimize=20090318&publicinterface=true>.

Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (10/05/11), recurso 644/2011. Recuperado de:
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6458809&links=%22644%2F2011%22&optimize=20120803&publicinterface=true>.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (15/06/2010), recurso 3983/2010. Recuperado de:
<https://www.sepin.es/laboral/VerDoc.asp?referencia=SP%2FSENT%2F798385&cod=01-OGA17T1jT0HF1JI0G-0H51Ms0mm09P1LI01b07a1DZ1jT07a1LI0ml0JP1Gg2AA0Fk0yc1ze0Fv0On0%26A#>.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (16/10/2015), recurso 4071/2015. Recuperado de:
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database match=AN&reference=7536111&links=%224071%2F2015%22&optimize=20151127&publicinterface=true>.