

## ¿Cabe reconocer la indemnización de daños cuando se declara nula una prueba con lesión de derechos fundamentales aunque el despido no sea declarado nulo (solo improcedente)?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 25/2018, de 12 de enero**

**Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa**

*Magistrado Especialista Social  
Profesor asociado UPV-EHU*

### 1. MARCO LEGAL

Nos cuestionamos la temática puntual de si la nulidad absoluta de una prueba, conseguida con violación de los derechos fundamentales, puede permitir la calificación de un despido nulo y, en su caso (incluso aunque no se considere nulo, sino solo improcedente), la exigencia, declaración, condena y abono de una indemnización específica, añadida y distinta, por la lesión de ese derecho fundamental (igualdad, no discriminación, dignidad, intimidad, tutela judicial efectiva, indemnidad u otros), en ese esfuerzo probatorio inusitado y estrafalario que desborda la razonabilidad jurídica y judicial para con el empresario. Todo ello, más allá de la propia indemnización que se puede corresponder con la improcedencia o nulidad del despido y sus consideraciones de indemnización tasada y legal.

Ni tan siquiera necesitamos afirmar que exista un abono indemnizatorio con referencia al ámbito sancionador de la **Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social** (LISOS), según la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 247/2006) y la de nuestro Tribunal Supremo (TS) en Sentencias anteriores de 2 de febrero de 2015 (rec. 279/2013), 5 de febrero de 2015 (rec. 77/2014), 13 de julio de 2015 (rec. 221/2014), 2 de noviembre de 2016 (rec. 262/2015), 26 de abril de 2016 (rec. 113/2015), 18 de mayo de 2016 (rec. 150/2015), 24 de enero de 2017 (rec. 1902/2015), 5 de octubre de 2017 (rec. 2497/2015) y, más recientes, como las de 28 de septiembre de 2017 (rec. 3017/2015), 24 de octubre de 2017 (rec. 3424/2015) y 19 de diciembre de 2017 (rec. 624/2016), entre otras. Pues se viene insistiendo en la efectiva vulneración de los derechos fundamentales (ya sea igualdad, no discriminación, dignidad, intimidad, tutela judicial efectiva, indemnidad...;

arts. 10, 14, 18 y 24 de la [Constitución española](#) –CE–) y su daño moral indemnizable automático (presunción *iuris et de iure*), sin necesidad de acreditación de concreto indicio o base de daño, donde la propia lesión del derecho fundamental comporta *per se* un daño indemnizable. Así lo manifestamos en nuestra última Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco de 13 de marzo de 2018 –rec. 191/2018– (embarazo ectópico).

Simplemente se trata de resolver si la ilegalidad, ilicitud o irregularidad en la obtención de la fuente de prueba, utilizada normalmente por la empresarial para acreditar los incumplimientos imputados a la persona trabajadora por lesionar su derecho fundamental (igualdad, no discriminación, dignidad, intimidad, tutela judicial efectiva, indemnidad...; arts. 10, 14, 18 y 24 de la CE, aunque en el supuesto sea intimidad personal del art. 18 CE), contamina de nulidad el despido de que fue objeto en el caso concreto. De lo que discrepará la [STSJ de Castilla-La Mancha que comentamos](#), al considerar que tal irregularidad determina la ineficacia del correspondiente medio de prueba y la improcedencia de la decisión empresarial por no haberse acreditado los hechos imputados en la comunicación de cese, pero no su nulidad. Mientras que, por el contrario, observaremos que de lo preceptuado en el primer párrafo del apartado 5 del [artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) y en el artículo 108.2 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), que establecen que «será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o [bien] se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador», en tanto en cuanto, se reconoce abiertamente, también en la misma resolución manchega, que la [STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2011 \(rec. 644/2011\)](#) y, en la previa de la misma sala vasca de 12 de septiembre de 2006, se puede considerar (en franca contradicción reconocida) que dicha ilicitud probatoria debe llevar aparejada la nulidad del despido (y diremos ahora que su indemnización añadida y acumulada posible), aplicando la teoría o doctrina de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*), de construcción inicialmente penalista y constitucional (STC [81/1998](#), [49/1989](#), [8/2000](#) y [299/2000](#), entre otras, y STS, Sala 2.ª, de 9 de enero de 2006 –rec. 429/2003–, 30 de septiembre de 2011 –rec. 222/2010–, 30 de octubre de 2012 –rec. 258/2012– y 25 de abril de 2013 –rec. 1109/2012–...).

Con todo, debemos contextualizar que el artículo 90.2 de la [LRJS](#) reconoce que «no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas» y que el número 4 de mismo artículo y texto dice que:

Quando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso.

El artículo 9.2 de la [Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo](#), de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, recoge que la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior y su indemnización.

También podemos citar el artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos \(CEDH\)](#), el artículo 7 de la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), el artículo 12 de la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) y el artículo 17 del [Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos](#), entre otros.

Para concluir este dintel legal, citamos el artículo 11.1 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(LOPJ\)](#): «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»; los artículos 287 (Ilicitud de la prueba) y 383 (Acta de la reproducción y custodia de los correspondientes materiales) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC–](#), y, finalmente, el artículo 5 de la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre](#), de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), sobre la obligación de informar, previa, explícita y precisamente, sin ambigüedades, a los interesados sobre la exigencia y características particulares de un sistema de captación de datos personales.

## 2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La resolución judicial de instancia, Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Ciudad Real de 11 de abril de 2017, una vez declarada la existencia de los incumplimientos imputados en la carta de despido (ha fumado mientras ejercía su actividad laboral de vigilante de seguridad en el interior de la caseta donde lo desarrolla, así como ha visionado material pornográfico y se ha masturbado durante la jornada laboral los días citados..., ya nada se dice de las distracciones por juegos o llamadas telefónicas y de la imputación de disminución voluntaria y continuada del rendimiento...), negando la existencia de una vulneración de derechos fundamentales porque la empleadora tuviera conocimiento de ello tras la instalación de una cámara de grabación en el interior de la caseta, incorporación realizada con la finalidad de sorprender al trabajador por sospechas anteriores y sin aviso, por tanto, al trabajador, y advirtiéndole de que en el recinto hay carteles informativos que prohíben fumar, concluye con la procedencia del despido, basándose en esa grabación obtenida, además de por la declaración de varios testigos respecto del hecho de fumar en el lugar de trabajo.

Interpuesto recurso de suplicación por el trabajador afectado, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla-La Mancha (Albacete) va a estimarlo (parcialmen-

te), revocando esa resolución de instancia pero con declaración de un despido improcedente (que no nulo), con estudio de, entre otras motivaciones que pasamos a mencionar, las de revisión fáctica que deniega íntegramente y que no abordamos por resultar innecesarias al objeto de este análisis. Del mismo modo, analiza concienzudamente la infracción del artículo 18.4 de la CE, en relación con el artículo 20.3 del ET, y de la jurisprudencia invocada (STC 39/2016) al entender el recurrente que no fue informado de la instalación de la cámara dentro de la caseta de control y que esa medida es desproporcionada, desarrollando en los fundamentos jurídicos (FJ) 5 y 6 toda una síntesis de doctrina completa sobre la temática del derecho fundamental del trabajador a la privacidad y los límites del control empresarial por cámaras de videovigilancia con reproducción de toda la evolución histórico-judicial que no va a ser objeto de nuestro detenimiento doctrinal puntual expuesto al inicio (SSTC 98 y 186/2000, 29/2013 y 39/2016, exigencias de triple juicio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad y sus contradicciones, votos particulares..., citando las SSTS de 13 de mayo de 2014 –rec. 1685/2013–, 31 de enero de 2017 –rec. 3331/2015–, 1 de febrero de 2017 –rec. 3262/2015– de Pleno y 2 de febrero de 2017 –rec. 554/2016–, que validaron la utilización de cámaras de videovigilancia insinuando ser susceptibles de revisión futura, sobre todo tras la última Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda, y otras que reafirma el criterio de la anterior de 5 de septiembre de 2017 en Gran Sala en el caso Bărbulescu, con nueva condena a España por vulneración del art. 8 CEDH –derecho a la vida privada–, citando el art. 5 LOPD).

Concluye la Sala de lo Social que a la vista de esa consolidada doctrina constitucional y jurisprudencial (también europea), el comportamiento empresarial no cumple el triple juicio de proporcionalidad, idoneidad (sospecha y utilización de medios menos agresivos, como los testimonios o facturaciones empresariales de higienización de olores...) y necesidad, pues no se justifica la medida ni es equilibrada (para comprobar el hecho «deleznable» de fumar en el trabajo que ni siquiera el convenio colectivo prevé expresamente como incumplimiento laboral...).

Pero es en el último FJ, el 7, donde la sala de suplicación aborda el tema objeto de este comentario, pues una vez proscrita la prueba de cargo (grabación de videovigilancia que no vale para acreditar los hechos imputados de fumar, masturbarse, visionar pornografía... y testifical averada de fumar, que no puede ser causa de despido por falta de previsión convencional y estatutaria, sin que se acrediten otras razones de disminución continuada y voluntaria del rendimiento), se cuestiona si esa prueba ilícita, según los artículos 11.1 de la LOPJ, 287 de la LEC y 90.1 de la LRJS, puede provocar, a su vez, la nulidad del despido por «contaminación» (doctrina de los frutos del árbol envenenado) para concluir que, a la vista de sus antecedentes judiciales (SSTSJ de Castilla-La Mancha de 17 de junio de 2014 –rec. 1162/2013– y 28 de noviembre de 2014 –rec. 1040/2014–) y a pesar de otros posicionamientos como los de la Sala Social del TSJ del País Vasco que cita, no existen razones de peso suficientes para sancionar la nulidad del despido entendiendo que despido no responde en sí mismo a una causa vulneradora de un derecho fundamental según la lectura del artículo 55.5 del ET, no extendiendo la nulidad de la prueba a la calificación del despido.

### 3. DOCTRINA: POSICIÓN JUDICIAL

Efectivamente, la doctrina del TSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, que comentamos, al considerar que tal irregularidad determina la ineficacia del correspondiente medio de prueba y la improcedencia de la decisión empresarial, por no haberse acreditado los hechos imputados en la comunicación de cese, pero no su nulidad, interpreta a su manera lo preceptuado en el primer párrafo del apartado 5 del [artículo 55 del ET](#) (y en el art. 108.2 [LRJS](#) que ya no cita en ese FJ), que establecen que «será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o [bien] se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador», bajo el parámetro de que su dicción no acarrea tal nulidad ya que lo que no se ha admitido es el medio de prueba inhábil o contaminado, pero sin concluir que la decisión empresarial extintiva, en sí misma considerada, pretendiera la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador y mucho menos estudiando una posible indemnización complementaria por la vulneración constitucional probatoria (¿no se buscaba denigrar al trabajador por su fea costumbre de fumar o las otras menos morales de visionar pornografía o masturbarse en el puesto de trabajo?).

Es cierto que esta es la doctrina más habitual en nuestros tribunales superiores de justicia, no solo de la Sala Social del TSJ de Castilla-La Mancha en las resoluciones citadas, sino también, entre otras, de la Sala del TSJ de Canarias, que en [Sentencia de 11 de mayo de 2017 –rec. 1249/2016–](#) concluye que la doctrina sobre el efecto de la nulidad de una prueba para con la calificación del despido, en el efecto denominado «dominó», que derriba y arrastra toda la prueba consiguiente de esa vulneración constitucional, exige no solo esa conexión necesaria sino otra jurídica que pueda servir de justificación (reitera la previa de [25 de septiembre de 2015 –rec. 664/2015–](#)), pero no provoca la nulidad del despido pues, en el caso concreto, anulada la grabación del hurto, no elimina la condena penal previa efectuada (con otras pruebas), que provoca la procedencia del despido.

La STSJ de Andalucía (Granada) en [Sentencia de 18 de mayo de 2016 –rec. 662/2016–](#), acerca de las consecuencias de la utilización de la prueba ilegal y de los efectos contaminantes respecto al resto de pruebas, cita las Sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha de 10 de junio de 2014, del TSJ de Madrid de 16 de febrero de 2015 y del TSJ de Castilla-La Mancha de 16 de septiembre de 1999, para concluir con la validez de la grabación como prueba y la procedencia de la extinción. Y también la [STSJ de Andalucía \(Málaga\) de 4 de febrero de 2016 –rec. 2048/2015–](#) concluye con un despido procedente, pues la posible lesión del derecho de intimidad y de protección de datos de carácter personal se deniega al afirmar la legalidad del control informático empresarial (auditoría interna) en el acceso al ordenador y los correos electrónicos, recordando que la sala llega a la conclusión de que no puede calificarse como nulo el despido acordado por la empresa, pues tal efecto de nulidad solo puede declararse y está reservado para los supuestos específicamente establecidos por el legislador en el párrafo 5.º del [artículo 55 del ET](#) cuando el despido «tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» y no puede entenderse que concurran en el caso presente, por lo que la pretensión de

nulidad del despido no puede ser acogida al no aparecer vulnerados derechos fundamentales ni venir determinada la decisión extintiva de la empresa por el designio de conculcar dichos derechos, siendo para ello insuficientes las alegaciones realizadas. También el precedente de [17 de mayo de 2012 –rec. 538/2012–](#) tiene el mismo argumento.

Incluso la [STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2016 –rec. 5413/2016–](#) concluye que no siendo la grabación ilícita, sino proporcional y reglada, procede declarar la procedencia del despido. Y la [STSJ de Asturias de 6 de febrero de 2015 –rec. 2425/2014–](#) afirma que a pesar de la alegación de prueba nula, referida a contabilidad falsa aplicando la teoría de los frutos del árbol envenenado y la [STC 196/2004](#), que consideró nulo el despido que se basaba en unos datos de consumo de droga obtenidos en un control médico no consentido ni encaminado a la prevención de riesgos, por violación del derecho a la intimidad, en este caso aduce que no se trata de pruebas ilícitas obtenidas lesionando derechos fundamentales sino directamente de pruebas falsas, por lo que entiende que no es de aplicación dicha teoría pues la falsificación de la documentación económica se limita a la evasión fiscal y no persigue la elusión de derechos fundamentales de los trabajadores, el derecho al trabajo o el propio derecho a la tutela judicial efectiva y por ello insiste en que no se debe declarar la nulidad del despido.

La [STSJ de Galicia de 10 de junio de 2010 –rec. 921/2010–](#) considera el estudio de la nulidad de la sentencia de instancia por irregularidad de la prueba (grabación), que no propiamente del despido, con cita de la misma doctrina del árbol envenenado, pero no observa dichas irregularidades.

Es la ya antigua STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de marzo de 2001 –rec. 4256/2000– la que niega de manera tajante esa posibilidad al afirmar que es dudoso que la eventual ilicitud de la prueba pueda determinar la nulidad del despido, porque este se basa en la conducta del trabajador y no en móvil atentatorio a su derecho a la intimidad, salvo que se quiera trasladar la construcción de la doctrina del árbol envenenado a este campo, lo que es inadecuado, pues no se juzga la ineficacia de pruebas en un proceso penal.

Por el contrario, la [STSJ de Extremadura de 30 de julio de 2014 –rec. 284/2014–](#) concluye que el despido de la demandante debe considerarse nulo según los artículos [55.5 del ET](#) y [108.2 de la LRJS](#), por haberse producido con violación de un derecho fundamental reconocido en la [CE](#), pues en la obtención de la prueba (videográfica) el único hecho que se imputa en la comunicación escrita del despido se infringió el derecho a la intimidad del artículo [18.4 de la CE](#). Declaración de nulidad que ha de llevar consigo las consecuencias previstas en el número [6 del artículo 55 del ET](#) y artículo [113 de la LRJS](#). Todo ello, sin importar que en la demanda se solicitara la improcedencia del despido y en el recurso se pida que se revoque la sentencia para estimar la demanda, pues la calificación del despido es cuestión de oficio, como ha señalado la STS de [23 de marzo de 2005](#) y la de esta sala de [13 de mayo de 2005](#). Tampoco se estudia la exigencia indemnizatoria añadida por dicha vulneración constitucional más allá de la nulidad extintiva.

Se reconoce abiertamente, en la misma principal resolución manchega, que la [STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2011 –rec. 644/2011–](#) (detective privado y GPS instalado irregularmente) y en la previa de la misma sala vasca de [12 de septiembre de 2006](#), se puede considerar (en

franca contradicción reconocida) que dicha ilicitud probatoria debe llevar aparejada la nulidad del despido (y diremos que su indemnización añadida y acumulada posible, aunque no propuesta ni resulta en aquel caso) aplicando la teoría o doctrina de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*), de construcción inicialmente penalista y constitucional.

La Sala Social del TSJ del País Vasco resuelve la cuestión de si la ilicitud en la obtención de la única fuente de prueba utilizada por la demandada para acreditar los incumplimientos imputados al actor, por lesionar su derecho a la intimidad, tiñe de nulidad el despido de que fue objeto, recordando 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 ET](#) y en el artículo 108.2 de la [LRJS](#), 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 [CE](#), en la citada previsión legal encuentran cobijo no solo 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.

Para ello se apoya en la [STC 196/2004, de 15 de noviembre](#) (que también cita la sala asturiana), examinando una decisión extintiva fundada en la ineptitud de la recurrente para el trabajo conforme a los resultados de un reconocimiento médico atentatorio a su intimidad, por entender que «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». Y afirma que tal calificación, con la consiguiente reposición de la situación al momento anterior a perpetrarse la violación, es la única que garantiza la protección eficaz del derecho de cuya vulneración trae causa exclusiva el despido, que no quedaría debidamente amparado si el órgano judicial no decretase la ineficacia absoluta de la medida adoptada con base en una prueba lograda mediante su vulneración, con exclusión de la indemnización sustitutoria, sino su improcedencia, pues como afirma el propio Tribunal Constitucional, «la Constitución protege los derechos fundamentales (...) no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos», y los artículos 1.1, 9.1 y 53.2 de esa misma norma impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en «un acto meramente ritual o simbólico» ([STC 247/2006, de 24 de julio](#), y las que en ella se citan).

Finalmente trae, incluso, a colación el artículo 9.2 de la [Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo](#), con arreglo al cual la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior, sin llegar a citar la vía indemnizatoria que proponemos pero conteniéndola veladamente.

Con todo, hay que citar la [STS de 13 de mayo de 2014 –rec. 1685/2013–](#), en la que se declara el despido nulo al basarse en grabaciones con cámaras destinadas a otra finalidad distinta al control de la actividad laboral, pero sin alusión indemnizatoria añadida.

Y, por último, la [STS de 28 de septiembre de 2017 –rec. 3017/2015–](#), que, en materia de indemnización de daños y perjuicios, declara la compatibilidad de la indemnización por daños morales derivada de vulneración de derechos fundamentales con la que resulta de la aplicación del baremo de circulación al asumir una falta de contradicción entre la [STSJ del País Vasco de 2 de junio de 2015 –rec. 887/2015–](#) y la previa de la misma sala de [11 de noviembre de 2014 –rec. 2022/2014–](#). Se plantea si la indemnización por los perjuicios psicofísicos y morales derivados de las lesiones temporales sufridas por un trabajador víctima de acoso laboral, con incumplimiento, por su empleador, de obligaciones preventivas, calculada con arreglo a los criterios de valoración del baremo de circulación, es compatible con la indemnización por los daños morales causados por la vulneración de los derechos fundamentales afectados por la mencionada conducta (integridad psíquica y moral), contemplada en el artículo 183 de la [LRJS](#). La Sala IV no entra a conocer del fondo del asunto por falta de contradicción entre las sentencias comparadas. En la sentencia recurrida se dirime la compatibilidad de la indemnización por los sufrimientos psíquicos y morales experimentados por el actor durante la situación de incapacidad temporal, calculada conforme a las pautas fijadas en el baremo, con la indemnización de los daños morales vinculados a la violación de sus derechos fundamentales. Y lo que se rechaza es la posibilidad de acumular indemnizaciones por diferentes expresiones del daño moral causado por la misma manifestación del daño a la persona. Sin embargo, en la de contraste lo que se suscita es si, además de la indemnización por secuelas y por los factores correctores por incapacidad permanente absoluta y perjuicios económicos –valorados con arreglo al baremo–, tiene derecho a ser indemnizada por el daño moral sufrido entre los meses de enero de 2002 y noviembre de 2003 por la vulneración de su derecho fundamental a la integridad.

#### 4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA SENTENCIA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

La postura doctrinal del TSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, que comentamos es ciertamente entendible y secundada por posicionamientos mantenidos de otros tribunales superiores de justicia, con un desapego a la literalidad del primer párrafo del apartado 5 del [artículo 55 del ET](#) y del artículo 108.2 de la [LRJS](#) que, como repetidamente se ha indicado, establecen que «será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o [bien] se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» y en un contexto jurisprudencial de acomodo a nuevas orientaciones tuteladoras (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y TEDH), obviando que se reconoce una violación del derecho fundamental (prueba ilícita y derecho de defensa, tutela judicial efectiva, dignidad...) que de alguna manera debe ser repuesto y considerado, reestableciendo e indemnizando.

Nuevamente se asume la realidad práctica y judicial del momento, donde la justicia restaurativa social es aparentemente cicatera, cuando no desigual e insegura, poco restauradora y nada preventiva. Puede parecer necesario el pronunciamiento separado y autónomo del daño por vulneración de un derecho fundamental, al entender que el sistema de calificación del acto extintivo o despido, sea improcedente o hasta nulo, resulta insuficiente para atender a esa vulneración constitucional autónoma que puede representar la declaración de ilegalidad e ilicitud de una prueba construida para resguardarse de la tutela judicial efectiva del contrario y armarse desde su egoísmo transgresor probatorio («se graba al trabajador de aquella manera..., que algo le encontraremos...»).

Los principios de reparación íntegra del daño y la objetivación máxima del mismo deberán alumbrar nuevas respuestas judiciales que den funcionalidad de cobertura al daño propio, y separado, en la vulneración de derechos fundamentales, incluidos los de declaración de nulidad probatoria con consecuencia directa o indirecta en la calificación extintiva (con carácter automático en la declaración de nulidad), ya sea como perjuicios morales excepcionales o como parangón de infracciones y sanciones en el orden social (SSTS de [28 de septiembre de 2017 –rec. 3017/2015–](#), [24 de octubre de 2017 –rec. 3424/2015–](#) y [19 de diciembre de 2017 –rec. 624/2016–](#)).

Y es que esa posible indemnización adicional sí está al alcance de quienes hayan sido objeto de un despido insertable en ese nuevo tipo de despido nulo, o hasta improcedente, si sucediera que la verdadera razón del mismo atentara contra esa prohibición de utilizar pruebas ilegales, ilícitas o inconstitucionales por vulneración de los derechos fundamentales o libertades públicas.

Nos vamos dando cuenta de que las finalidades de las normas (tuteladora, restauradora, preventiva, disuasoria...) se orientan a proporcionar a la persona trabajadora una tutela judicial efectiva más enérgica que la actual y ordinaria, en el ámbito de la vulneración de derechos fundamentales genérica (*ex art. 183 LRJS*), por cuanto no solo se dispensa la carga de prueba y acreditación de indicios sobre la conculcación del derecho fundamental, sino también se debe eximir de constatación respecto del conocimiento o culpabilidad de la ilicitud de la prueba constituida (móvil directo o no de la extinción y, aunque se reconozca que no ha tenido una especial intencionalidad, el hecho es que se atenta a la dignidad del trabajador al que se descubre ilegalmente fumando, visionando porno y otras conductas...). Con ello, se ha de corregir jurisprudencialmente esa imagen atentatoria contra la dignidad de la persona trabajadora y las dificultades probatorias de acreditación de las circunstancias del conocimiento empresarial sobre la irregularidad de la prueba, como ocurrió con el tema jurisprudencial de la no exigencia subjetiva del conocimiento empresarial del embarazo de la mujer trabajadora.

No podemos dejar de incidir en que la ponderación de la igualdad y la no discriminación, dignidad, intimidad, tutela judicial efectiva, indemnidad u otros para con el mercado de trabajo exige el estudio de las incidencias peculiares que tiene en la situación laboral la concreta alusión a la utilización de pruebas ilícitas e irregulares, aquí en materia de despido, pero también en cualquier otra pretensión, que todo hay que decirlo, se constituye en uno de los problemas más importantes (junto a la desigualdad retributiva, mal denominada brecha salarial) a que nos enfrentamos

ciudadanos y tribunales para hacer verdaderamente efectivos los principios constitucionales en el ámbito de las relaciones laborales y de Seguridad Social.

Finalmente, manifestar que una vez analizada la conducta antijurídica empresarial, reseñada la vulneración del derecho fundamental por prueba ilícita o irregular, sea finalmente la extinción improcedente o nula (esto ya lo solventará nuestro TS próximamente en el ámbito de la casación para la unificación de doctrina que posibilita el enfrentamiento doctrinal autonómico expuesto), la calificación y aplicación de las proporciones y graduaciones por daños y perjuicios (también el moral) y su cálculo indemnizatorio van a tener la premisa de la realidad aplicativa que supone en el ámbito sancionador de la LISOS, que utilizamos de referencia jurisprudencialmente, como ya hemos mencionado anteriormente ([STS de 19 de diciembre de 2017 –rec. 624/2016–](#)).