

VALIDEZ COMO PRUEBA DE LA GRABACIÓN DE UNA CONVERSACIÓN EFECTUADA MEDIANTE TELÉFONO MÓVIL

(Comentario a la STSJ Andalucía/Granada de 25 de junio de 2008,
rec. núm. 1357/2008) *

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

*Doctora en Derecho
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Universidad Europea de Madrid*

Extracto:

COMENTARIO de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada donde se valora la validez de una prueba aportada por el trabajador, consistente en un CD que recoge una conversación mantenida con un representante de la empresa, que es grabada con un teléfono móvil. El tribunal identifica los medios de grabación de voz con los documentos privados y pone de relieve los problemas de autenticidad y veracidad que plantean, lo que repercute necesariamente en su posibilidad de valoración por el juez. Exige la presentación de la transcripción escrita de la grabación y que esta se acompañe de otras pruebas instrumentales como la pericial.

Palabras clave: proceso laboral, medios de prueba, secreto de las comunicaciones, recurso de suplicación.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 314, mayo 2009 o en *Normacef Socio-Laboral*.

Sumario

- I. Los hechos de la sentencia.
- II. Consideración como medio de prueba de la grabación telefónica: ¿medio de prueba autónomo o prueba documental?
 - 2.1. La polémica naturaleza de los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido.
 - 2.2. Diferencias y semejanzas con la prueba documental.
- III. La incorporación de la prueba al proceso.
 - 3.1. Proposición de la prueba.
 - 3.2. Admisión de la prueba. Especial referencia a la posible consideración como prueba ilícita de la grabación de conversación telefónica.
 - 3.3. La práctica de la prueba.
 - 3.4. Acta de la reproducción.
 - 3.5. Valoración de la prueba.
- IV. Capacidad revisora de los medios de grabación de voz.
- V. La STSJ Andalucía/Granada de 25 de junio de 2008.

I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

La empresa demandada despidió a la trabajadora, alegando la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo. No obstante, reconoció la improcedencia del despido y procedió a consignar la indemnización correspondiente. Dos meses antes, la trabajadora había presentado denuncia ante la Inspección de Trabajo por no reunir el lugar de trabajo las condiciones adecuadas de seguridad e higiene. No conforme con el reconocimiento de la improcedencia, impugnó el despido solicitando la declaración de nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad, ya que entendía que aquel se había realizado en represalia por la denuncia. En los hechos declarados probados por la sentencia de instancia se hace constar que la empresa no tuvo conocimiento de que esta denuncia había sido formulada por la trabajadora a la fecha del despido. El juzgado de lo social mantuvo la calificación de improcedencia.

La trabajadora recurre en suplicación y solicita la revisión de los hechos declarados probados, de forma que conste acreditado que la empresa sí tuvo conocimiento de la denuncia. Basa la modificación en los documentos que, en sobre cerrado, contienen los discos o CD que llevan incorporados la grabación de la conversación mantenida entre la actora y la representante legal de la empresa y que fue grabada en el teléfono móvil de aquella.

Dicho documento fue escuchado por el Magistrado en audiencia pública, siendo impugnado por la parte contraria. Critica quien recurre que el Magistrado admitiese la escucha de la grabación y, posteriormente y en la decisión combatida, no la valorase.

La Sala analiza dos cuestiones: en primer lugar, si la prueba se obtuvo de manera ilícita por vulnerar derechos fundamentales, en concreto el secreto de las comunicaciones. En segundo lugar, la validez como medio de prueba de una grabación realizada a través de teléfono móvil, que se aporta al juicio simplemente mediante un CD, sin acompañar transcripción escrita de la conversación, ni proponer la práctica de pruebas instrumentales como la pericial.

La generalización del teléfono móvil y el perfeccionamiento de sus prestaciones han puesto al alcance de los trabajadores la posibilidad de obtener, con gran facilidad, pruebas de hechos imputables a la empresa o a otros compañeros (ej.: acoso sexual). En ocasiones, además, será el único medio de prueba que pueda aportar el trabajador. El teléfono móvil permite, de una manera muy discreta y secreta, grabar imágenes, sonidos y palabras. Por otro lado, lo grabado puede ser conservado en la memoria del móvil, grabado en otro soporte e, incluso, enviado a través de correo electrónico a un

ordenador o a otro móvil. No es difícil aventurar que en los próximos años se extenderá en los procesos laborales la solicitud de la práctica de este tipo de pruebas. En la actualidad, los jueces muestran cierta desconfianza o temor hacia los nuevos medios de reproducción de imagen y sonido por la facilidad de falsificación, y oscilan entre considerarlo como un medio de prueba autónomo o identificarlo con la prueba documental. Con el fin de que la prueba no sea rechazada o dejada sin valorar por el juez, resulta necesario aclarar su régimen legal ¹.

II. CONSIDERACIÓN COMO MEDIO DE PRUEBA DE LA GRABACIÓN TELEFÓNICA: ¿MEDIO DE PRUEBA AUTÓNOMO O PRUEBA DOCUMENTAL?

2.1. La polémica naturaleza de los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido.

La sentencia objeto de este comentario afirma con rotundidad que la grabación realizada con el teléfono móvil «no deja de ser un documento privado».

La LPL ², en el artículo 90.1, admite «cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido». La referencia a la ley debe entenderse hecha a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se aplica con carácter supletorio (disp. adic. 1.ª LPL).

Bajo la LEC de 1881, los medios de reproducción de la palabra, imagen y sonido (medios audiovisuales), así como aquellos derivados de las nuevas tecnologías, eran reconducidos a la prueba documental ³. Por esta razón, cuando la doctrina laboral interpretaba el artículo 90.1, incluía estos medios de prueba dentro de la documental ⁴.

En la actualidad, sin embargo, el artículo 299 de la LEC de 2000 ⁵ regula de forma separada la prueba documental y los nuevos medios probatorios. Al regular los medios de prueba dispone en su apartado 1 que aquellos de los que se podrá hacer uso en juicio son:

1. Interrogatorio de las partes.
2. Documentos públicos.

¹ Sobre los nuevos medios de prueba, *vid.*, KAHALE CARRILLO, D.T., «La reproducción de las palabras, las imágenes y el sonido como medios probatorios en el proceso laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 279, junio 2006, págs. 123-132.

² Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante LPL–.

³ LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *La prueba documental en el proceso laboral y las modificaciones introducidas por la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 20.

⁴ ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C., *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, 1999, pág. 175.

⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –en adelante LEC–.

3. Documentos privados.
4. Dictamen de peritos.
5. Reconocimiento judicial.
6. Interrogatorio de testigos.

En el apartado 2 del mismo precepto, continúa diciendo que «también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso».

Partiendo de la distinción entre «fuentes de prueba» y «medios de prueba», la doctrina se encuentra dividida en torno a la consideración de dichos «medios» e «instrumentos» como medios de prueba autónomos⁶ o, simplemente, como fuentes de prueba que, por tanto, han de incorporarse al proceso a través de documentos⁷. Creemos más adecuada la primera interpretación, de forma que bajo la nueva ley, dichos instrumentos «poseen un cauce propio descrito en los artículos 382 a 384⁸». Expresamente el artículo 90.1 de la LPL se refiere a ellos como «medios de prueba». En la actualidad, por mucho que el legislador les haya dado un régimen en algunos puntos semejante al de la prueba documental y que la propia Exposición de Motivos (XI) LEC llegue a otorgarles una «consideración análoga a la de las pruebas documentales», creemos que la afirmación que realiza la Sala en la sentencia comentada, al considerarlos documento privado, no es correcta⁹.

La doctrina judicial recaída tras la entrada en vigor de la LEC de 2000, se encuentra dividida. Por un lado, algunos tribunales continúan considerando los medios audiovisuales (cintas de vídeo, cintas magnetofónicas, películas cinematográficas, CD, DVD...) como documentos. Parten para ello de un concepto amplio de documento que lo identifica con cualesquiera «cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado». Rechazan una interpretación tan restrictiva que solo abarque representaciones escritas, ya que «muy al contrario hay que consi-

⁶ De esta opinión son CAVAS MARTÍNEZ, F., «El recurso laboral de duplicación y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B., y SEMPÈRE NAVARRO, A.V., coords.), *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 419; ALONSO GARCÍA, R.M., *El proceso de trabajo y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, pág. 419; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, 2000, pág. 20; LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *La prueba documental en el proceso laboral y las modificaciones introducidas por la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 20; MARCO VILLAGÓMEZ, C., en AA.VV., (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., coords.), *La nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Tomo III, Tecnos, 2000, pág. 73; NIEVA FENOLL, J., «La prueba en documento multimedia», en AA.VV., (ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., coord.), 2000, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Volumen II, Economist&Jurist, págs. 441-444.

⁷ De esta opinión son MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 334; FERRANDO GARCÍA, F.M., «Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos relevantes para el proceso», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B., y SEMPÈRE NAVARRO, A.V., coords.), *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 305-308; MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPÈRE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de procedimiento laboral*, Tecnos, 2001, pág. 129.

⁸ LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *La prueba documental...*, op. cit., pág. 20.

⁹ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos...*, op. cit., pág. 20.

derar como tal todo objeto que cumpla la función de dar a conocer determinados elementos en él representados, bien por escrito, imágenes o sonidos ¹⁰».

En sentido contrario, sentencias de fechas más recientes resaltan el cambio operado por los artículos 299 y 382 y siguientes de la LEC de 2000 respecto de la naturaleza de los medios audiovisuales, que han pasado a configurarse como medios de prueba autónomos, distintos de los documentos públicos o privados ¹¹.

Según se desprende del artículo 299.2, los nuevos medios probatorios que ha habilitado el legislador son dos:

- a) Los «medios» de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, cuya regulación se desarrolla en los artículos 382 y 383.
- b) Los «instrumentos» que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso, cuya regulación se desarrolla en el artículo 384.

En el primer caso, según el artículo 382.1, la fuente de la prueba consiste en las «palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes». Entre los «sonidos» se incluyen tanto la palabra oral, ya se trate de conversaciones, discursos, etc., como sonidos diferentes de la palabra, tales como composiciones musicales, ruidos, etc. ¹². El medio de prueba, por su parte, consistirá en «la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos» que habrán sido recogidos en un soporte (en el caso analizado por la sentencia comentada, en la grabadora del teléfono móvil, cuyo contenido, a su vez, se ha grabado en un CD).

En el caso b), según el artículo 384, la fuente de la prueba son las «palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase» que habrán sido recogidos en soportes que permitan archivarlos, conocerlos o reproducirlos. El medio de prueba consistirá en su examen por el tribunal «por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar», lo que precisará, a su vez, utilizar ciertos sistemas, técnicas o procedimientos (impresión, visualización en una pantalla, etc.) ¹³.

Los «medios» a que se refiere el artículo 382 comprenden los «medios audiovisuales», mientras que los «instrumentos» del artículo 384, parecen identificarse con los «soportes informáticos». Con el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, sin embargo, esta distinción no siempre aparece clara, ya que tanto la imagen como el sonido también pueden ser recogidos

¹⁰ STSJ Andalucía/Málaga de 28 de enero de 2000.

¹¹ *Vid.*, en relación con cinta de DVD, STSJ Galicia de 9 de julio de 2008 (Rec. 2452/2008) y Cantabria de 15 de febrero de 2006 (Rec. 54/2006); en relación con cinta de vídeo, Comunidad Valenciana de 3 de mayo de 2006 (Rec. 381/2006); respecto de cinta magnetofónica que recoge conversación entre trabajador y empresa, Extremadura de 3 de abril de 2000 (Rec. 155/2000).

¹² AA.VV., (CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Aranzadi, 2001, pág. 1.279.

¹³ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos...*, *op. cit.*, pág.174.

y reproducidos mediante procedimientos informáticos, «de manera que los denominados "medios" también pueden tener esta naturaleza ¹⁴».

Pese a las reformas introducidas por la LEC respecto de los medios de prueba, lo cierto es, sin embargo, que los artículos 90 y ss. de la LPL no experimentaron ninguna modificación. Puede observarse que continúan regulándose solo las especialidades relativas al interrogatorio de parte, prueba testifical, prueba pericial, prueba documental y prueba de asesores. Ni antes de la LEC de 2000, ni después, recoge la LPL ninguna especialidad en orden a la práctica de la prueba de grabación de voz. Su consideración tradicional como prueba documental, conllevaba la aplicación del régimen previsto para esta. En la actualidad, deberían aplicarse las previsiones de los artículos 382 y 383 de la LEC.

2.2. Diferencias y semejanzas con la prueba documental.

Interesa destacar las analogías y diferencias con la prueba documental, ya que dicho estudio puede ayudarnos a completar el régimen jurídico del medio de prueba consistente en la grabación de la voz.

En el actual estado de la técnica, tanto el documento en sentido tradicional como los medios audiovisuales son falsificables ¹⁵. En concreto, la grabación de la voz va a plantear problemas de autenticidad y de veracidad, lo que obliga a probar que el autor de la voz coincide con su autor real, que el contenido de lo grabado no ha sido mutilado, y que coincide con la conversación o las palabras originales. No obstante, y a diferencia del documento escrito, la falsificación de un soporte multimedia puede no dejar rastro en el propio soporte ¹⁶.

Los medios para probar la autenticidad de la información que contienen los medios audiovisuales son, al menos en parte, diferentes a los que se emplean para probar la autenticidad de un documento. La ley prevé respecto de este último el cotejo de las copias con los originales, si es documento público, o el cotejo de letras, si es documento privado. En el caso de los medios audiovisuales sería necesario utilizar pruebas periciales muy diferentes del cotejo de letras ¹⁷.

Ambos requieren la intervención humana para descubrir su contenido. En este sentido, no son «autoejecutables». Sin embargo, tratándose de los medios audiovisuales, para conocer su contenido es preciso realizar ciertas actividades o procedimientos cuyo desarrollo puede precisar, incluso, conocimientos técnicos y científicos especializados y la utilización de aparatos electrónicos que, en la actualidad, no siempre se encuentran en los juzgados ¹⁸. Precisamente, y como se verá a continuación, se discute si existe la obligación de que la parte que propone la prueba, aporte también los instrumentos necesarios para su reproducción.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ NIEVA FENOLL, J., «La prueba en documento multimedia...», *op. cit.*, pág. 448.

¹⁶ *Ídem*, pág. 449.

¹⁷ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos...*, *op. cit.*, pág. 179.

¹⁸ *Ídem*, págs. 177-179.

Según ha señalado la doctrina, es más segura la confidencialidad de un soporte multimedia que la de un escrito ¹⁹.

Por último, en el soporte multimedia, al menos en la forma y el contenido, el original y la copia pueden ser conceptos idénticos ²⁰. El original de un documento es un objeto corpóreo y perdurable del que pueden obtenerse copias, dependiendo el valor de estas de su cotejo con el original. Sin embargo, «aunque estos medios o soportes se considerasen documentos electrónicos difícilmente cabría hablar de original y copias sino, en todo caso, del documento electrónico inicialmente producido y de sus copias». Por otro lado, sería difícil distinguir el documento electrónico primario de sus copias. «Forzando el preciso significado que posee, el término original podría aplicarse al referido documento primario, pero entonces el carácter original de un documento electrónico, entendido como ahora lo hemos descrito, resultaría completamente irrelevante y falto de funcionalidad y trascendencia a efectos probatorios ²¹».

La LEC en su Exposición de Motivos tiene en cuenta las analogías y semejanzas entre la prueba documental y los instrumentos y medios del artículo 299.2, lo que facilitará la aplicación analógica a estos últimos de las normas que regulan aquel tipo de prueba. Advierte el legislador que la ley prevé, «la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales». Obsérvese, sin embargo, que la analogía con la prueba documental parece referirse de forma especial a los instrumentos del artículo 384 de la LEC ²².

III. LA INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA AL PROCESO

Como hemos señalado anteriormente, el artículo 90.1 de la LPL se limita a reconocer la utilización de los medios de prueba audiovisuales, pero no regula la forma en que deben incorporarse al proceso. En principio, serían de aplicación de forma supletoria los artículos 382 y 383 de la LEC. No obstante, las diferencias existentes entre el proceso civil, que es fundamentalmente escrito, y el proceso laboral, presidido por los principios de oralidad, inmediatez, concentración y celeridad (art. 74.1 LPL), justifican que aquellos preceptos no se apliquen de forma automática ²³.

3.1. Proposición de la prueba.

La aportación de los medios audiovisuales al proceso civil sigue el mismo régimen que la prueba documental. Por lo tanto, conforme al artículo 265.1.2 de la LEC, la prueba audiovisual deberá proponerse con la presentación de la demanda. En este tipo de proceso, en aras del principio de igualdad de armas procesales, es preciso informar al adversario, con el objeto de que pueda preparar

¹⁹ NIEVA FENOLL, J., «La prueba en documento multimedia», *op. cit.*, pág. 449.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos...*, *op. cit.*, pág. 178.

²² *Ídem*, pág. 179-180.

²³ FERRANDO GARCÍA, F.M., «Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos...», *op. cit.*, pág. 308.

su defensa y diseñar la estrategia procesal y se evite la introducción de la prueba en un momento procesal en el que dicho litigante no pueda reaccionar para rebatirla²⁴.

En el proceso laboral, sin embargo, los trámites de solicitud del pleito a prueba y proposición de la prueba se realizan verbalmente en el momento del juicio, tras la fase de alegaciones. No es preciso hacer constar en la demanda los medios de prueba cuya práctica se van a proponer²⁵, si bien resulta habitual advertir a la parte contraria de su proposición en la demanda, «lo que no excusa de la obligación de reiterar en el juicio la proposición²⁶». Una vez recibido el pleito a prueba, las partes propondrán este concreto medio de prueba.

En consecuencia, la parte contraria no conocerá la prueba hasta el momento del juicio, cuando ya no tiene, o tiene limitadas, las posibilidades de reaccionar²⁷.

Por otro lado, el artículo 382 de la LEC dispone que «al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso». Como ha señalado la doctrina civil, no hay que caer en el error de pensar que haya que transcribir los contenidos de la grabación para que la prueba sea admisible. Los medios de prueba audiovisuales tienen su propia entidad y no precisan de transcripción. De hecho la ley, no dice que se «hará» una transcripción escrita, sino que se «podrá» hacer²⁸.

En el proceso laboral, el momento de acompañar la transcripción escrita sería en el acto del juicio, salvo que la parte que propone la prueba advirtiera de esta en la demanda y acompañara la transcripción escrita²⁹. En este sentido, antes de la entrada en vigor de la LEC de 2000, la STSJ Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 1996, declaró que la cinta grabada había de acompañarse con la transcripción mecanográfica de las voces. La sentencia objeto de este comentario, por su parte, reprocha a la parte proponente que se limitara a aportar el CD sin adjuntar transcripción escrita. Por lo tanto, si bien no es obligatorio, sí es conveniente acompañarla para facilitar la labor del juez.

Como puede observarse, existen notables carencias en el procedimiento laboral que podrían ser subsanadas si la parte afectada solicitara la práctica anticipada de la prueba audiovisual even-

²⁴ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos...*, *op. cit.*, pág. 185.

²⁵ En el caso enjuiciado por la STSJ Madrid de 17 de octubre de 2007 (Rec. 3850/2007), el tribunal reprueba que el juez de instancia rechazase la práctica de la prueba consistente en la escucha de la grabación en cinta magnetofónica, con el argumento de que no se anunció en la demanda. No puede exigirse al actor «que en su escrito de demanda ponga de manifiesto si va a practicar o no prueba testifical, ni menos aún el nombre de los testigos, salvo que sea su interés que se les cite a través del Juzgado, como tampoco se le va a requerir que detalle la prueba documental que va a practicar, por lo que en fin, el Magistrado *a quo* al impedir la audición propuesta, ocasionó indefensión al demandante, procediendo la estimación del recurso para que se practique dicha prueba para mejor proveer, dictándose después una nueva sentencia con libertad de criterio.»

²⁶ FERRANDO GARCÍA, F.M., «Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos...», *op. cit.*, pág. 309.

²⁷ La STSJ Castilla y León/Valladolid de 23 de enero de 2006 (2376/2005) recuerda que la propuesta de la prueba de reproducción de imágenes o sonidos a que hace referencia el artículo 382 de la LEC no es plenamente aplicable al proceso laboral, puesto que en este su proposición se realiza en presencia del juez, en el acto de la vista pública, resolviéndose en ese acto su admisión o inadmisión y practicándose en su caso, siendo este el único momento que tienen las partes para formular protesta de los medios de prueba presentados.

²⁸ SÁEZ GONZÁLEZ, J., en AA.VV. (LORCA NAVARRETE, A.M., (dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, V., coord.), *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo II, Lex nova, 2000, pág. 2.026.

²⁹ FERRANDO GARCÍA, F.M., «Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos...», *op. cit.*, pág. 309.

tualmente advertida en la demanda, cuando la reproducción y/o examen por las partes en el juicio fuera imposible o presentara graves dificultades debido a su extensión y complejidad, tal como permite el artículo 78 de la LPL. Si no fuera posible la práctica de la prueba anticipada, porque no se advirtió en la demanda o porque el juez no considere que concurren las dificultades señaladas, todavía podría ordenar diligencias finales, con el fin de permitir la adecuada defensa de la parte afectada (art. 88 LPL) ³⁰.

3.2. Admisión de la prueba. Especial referencia a la posible consideración como prueba ilícita de la grabación de conversación telefónica.

Solo en relación con los «medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido», el artículo 90.1 de la LPL prevé que se admitirán «salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas».

Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 283.3 de la LEC que regula la impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria, disponiendo que «nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley». Conforme al artículo 11 de la LOPJ son ilegales las que han sido obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales. Tratándose de una grabación de una conversación privada, esta cuestión nos remite al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En este sentido, en relación con la licitud de la grabación realizada por la empresa de una conversación mantenida con un trabajador, la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre ³¹, analizó la posible vulneración de este derecho fundamental distinguiendo perfectamente la violación del derecho referido cuando el mismo es quebrantado por terceras personas ajenas a la conversación o cuando es utilizado por uno de los interlocutores.

Advierte el alto tribunal que el derecho al secreto de las comunicaciones «no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida». Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del «secreto»– la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).

³⁰ Ídem, págs. 309-310.

³¹ BOE 305, de 21 de diciembre.

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

En consecuencia, «no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje». Dicha retención (la grabación en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones.

El concepto de «secreto» en el artículo 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es «secreto» en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del «secreto» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el artículo 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que –de existir– tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la norma fundamental).

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución. Otro tanto cabe decir en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan solo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional solo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la CE). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado, si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables *ex* artículo 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal *ex* artículo 18.1, garantía esta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo solo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo).

La grabación realizada mediante teléfono móvil pues, aunque se haya realizado de forma subrepticia no vulnera derechos fundamentales y, por lo tanto, puede ser admitida por el juez, todo ello con independencia de la valoración que de la misma realice este ³².

En el proceso laboral el vicio de la prueba propuesta puede ser denunciado por el cauce previsto en el artículo 87.2 de la LPL, teniendo en cuenta que el juez también puede apreciar de oficio la ilicitud de la prueba, procediendo a negar su admisión. «El debate sobre la ilicitud de la prueba audiovisual tendrá lugar en el propio acto del juicio y requerirá probablemente el análisis y reproducción, de las imágenes o sonidos contenidos en el soporte, reproducción en que consiste precisamente la práctica de la prueba conforme al artículo 382 de la LECiv ³³».

Por esta razón, desde el momento en que el juez tenga el convencimiento de que la prueba se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales, deberá resolver que no continúe y anular cuanto se hubiere practicado hasta ese momento a través de ese medio probatorio. Ello impide al juez tenerlos en cuenta a la hora de fijar los hechos declarados probados. Sin embargo, como advierte la doctrina, resulta evidente que las conversaciones escuchadas por el juez no pueden dejar de producirle de forma inconsciente un «impacto psicológico ³⁴».

Contra la resolución que deniega la práctica de la prueba, que debe ser motivada, la parte afectada podrá protestar, a efectos de fundar un futuro recurso [art. 189.1d) LPL].

Por supuesto, cabe también que el juez rechace los argumentos de ilicitud de la prueba audiovisual, y admita su práctica o deniegue la solicitud de su exclusión del acervo probatorio tras haber sido examinado. En este caso, la parte que alegó la ilicitud puede impugnar la resolución judicial, previa protesta en el momento procesal oportuno, mediante recurso de suplicación contra la sentencia ³⁵.

3.3. La práctica de la prueba.

Frente a lo que ocurre con otras pruebas, ni la LEC ni la LPL especifican el modo en que ha de practicarse esta, indicando simplemente que consistirá en la reproducción de las imágenes y sonidos. La audición tendrá lugar en presencia del juez y de las partes.

³² En relación con la grabación realizada por un trabajador de la conversación telefónica mantenida con un compañero, la STSJ Cataluña de 24 de enero de 2006 (7179/2005) aplica la doctrina del Tribunal Constitucional. *Vid.* comentario de la sentencia en RUBIO SÁNCHEZ, F., «Validez procesal de la grabación de una conversación telefónica privada», *Aranzadi Social, Westlaw.es*, BIB 2006/849; también, aplican dicha doctrina, las SSTSJ Cataluña de 7 de abril de 2008 (Rec. 800/2008), relativa a la grabación por el administrador de la empresa con un teléfono móvil de la conversación mantenida con la actora y con otra trabajadora; Madrid de 17 de octubre de 2007 (Rec. Núm. 3850/2007), relativa a una grabación en cinta magnetofónica de la conversación mantenida entre el padre del trabajador y el representante legal de la empresa; Extremadura de 3 de abril de 2000 (Rec. 155/2000).

³³ FERRANDO GARCÍA, F.M., «Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos...», *op. cit.*, pág. 312.

³⁴ Ídem, págs. 312-313.

³⁵ Ídem, pág. 313.

Pese a la claridad de la ley, algunos juzgados están denegando la reproducción, con el argumento de que la parte se limita a proponer la prueba, pero sin manifestar de forma expresa que los respectivos soportes fueran escuchados o visionados. En este sentido, la STSJ Madrid de 5 de junio de 2005 ³⁶ aclara que «la simple aportación al proceso de los materiales» en los que se recogen las imágenes o, en nuestro caso, la voz «implica la propuesta de esta prueba, manifestándose de esa forma la iniciativa de la actividad probatoria. En caso de admitirla, la práctica de esta prueba no es otra que la reproducción ante el tribunal, sin que pueda exigirse a la parte que lo propone una expresa manifestación de que los mismos sean visionados en el acto de juicio. El Juez, al consentir la aportación a los autos de aquellos medios de prueba, está admitiéndolos y con ello su reproducción, porque de lo contrario, tendría que rechazarlo en la forma que dispone el artículo 87.2 de la LPL ³⁷».

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Comunidad Valenciana de 7 de octubre de 2004 ³⁸ cuando advierte que aunque la parte que propuso la prueba, y fue admitida por el juez, solo propusiera su incorporación a la documental, «debió procederse a la práctica, que consiste en la reproducción de las palabras, sonidos e imágenes en presencia del juez, de modo que no se consuma la práctica de la prueba en este caso con la simple incorporación del DVD a los autos, ya que el contenido de este documento no se evidencia con el simple traslado o examen de su soporte, como ocurre con los relacionados por escrito o fotografía».

La doctrina civilista ha señalado que la audición debe hacerse aun cuando la parte contraria disponga de la copia o transcripción, sobre todo si se han propuesto medios complementarios (interrogatorio, testigos o peritos) ³⁹. En el caso de las imágenes y los sonidos, es necesario que el juez vea las imágenes y oiga los matices de las voces para poder valorar mejor la prueba ⁴⁰. No parece ser necesario, sin embargo, la exhibición íntegra del contenido en el soporte, si no resulta útil, siendo suficiente con lo que sea relevante a los efectos del proceso, a no ser que la parte contraria manifieste que en lo omitido hay algo que puede desvirtuar el fragmento reproducido ⁴¹.

La práctica de la prueba requiere que los tribunales estén dotados de los medios técnicos adecuados (ordenadores, cámaras y aparatos de vídeo, medios audiovisuales, etc.). Se plantea un problema en relación con la obligación de la parte que propone la prueba de aportar también los medios electrónicos necesarios para llevar a cabo la reproducción. Solo en relación con la reproducción de los datos del artículo 384 de la LEC, la ley dispone que la parte proponente debe aportar los medios necesarios para que el juez proceda a su examen. El artículo 382, sin embargo, guarda silencio al referirse a los medios audiovisuales. Si en el juzgado de que se trate no se dispone de los instrumen-

³⁶ Rec. 775/2005. En este caso, la juez de instancia estimó necesario que, además de la presentación e incorporación a los autos de los CDs, se pida por la parte que los aporta la reproducción de su contenido.

³⁷ La STSJ Madrid de 7 de marzo de 2006 (Rec. 385/2006) declaró la nulidad de actuaciones, ya que en el acto del juicio no se admitió una grabación auditiva de vídeo con su transcripción escrita, habiéndose formulado la oportuna respuesta y sin que el juez fundamentara la inadmisión.

³⁸ Rec. 1602/2004.

³⁹ AA.VV. (CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., pág. 1.280

⁴⁰ NIEVA FENOLL, J., «La prueba en documento multimedia...», op. cit., pág. 468.

⁴¹ Véase nota 39.

tos necesarios para la reproducción del sonido o imagen, a tenor del soporte propuesto, parece claro que la parte a quien interese esta prueba debería aportar también dichos instrumentos ⁴².

Con base en el artículo 82.2 de la LPL, conforme al cual «los litigantes han de concurrir al juicio con todos los medios de prueba de que intenten valerse», un sector de la doctrina es de la opinión de que se trata de una obligación que pesa sobre la parte que propone la prueba ⁴³. La escasa doctrina de suplicación existente hasta la fecha considera que la aportación en el acto de juicio del medio técnico necesario para reproducir los CDs no es un requisito que imponga la ley para que pueda admitirse la prueba (art. 382.2 LEC), con lo cual aquellos pueden ser visionados en los ordenadores del propio Juzgado y, en caso de no disponer el programa adecuado para su reproducción, podrían adoptarse por el órgano judicial las medidas oportunas para que se pueda llevar a cabo, incluso requiriendo a la parte demandada para que, en diligencias para mejor proveer, pueda llevar el medio de reproducción que fuera preciso ⁴⁴.

En el apartado segundo, el artículo 382 de la LEC señala que «la parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido». La utilización de estos medios de prueba tendrá carácter instrumental a la audiovisual. La prueba pericial es especialmente útil, en conjunción con el medio audiovisual de que se trate, para aportar información sobre la autenticidad de lo en él recogido, es decir, para dictaminar si refleja fielmente la producción de los hechos relevantes al proceso, o si ha sido trucada. Puede servir también para interpretar las imágenes o sonidos cuando el juez carezca de los conocimientos precisos para ello (ej.: un plagio de una composición musical ⁴⁵). Pero la prueba pericial no es el único elemento instrumental útil para reafirmar o rebatir la fuerza de convicción de un medio audiovisual. Cabe también, por ejemplo, proponer la prueba de interrogatorio de la parte contraria para que se practique en el mismo acto de reproducción de las imágenes o sonidos, con el fin de que se pronuncie sobre la autenticidad de las manifestaciones que se le atribuyen y que aparecen grabadas en una cinta magnetofónica, un CD... Asimismo, cabría solicitar la testifical con el fin de que un testigo presencial declare si reconoce la voz que aparece en la grabación ⁴⁶. Conviene recordar que la aportación de dichos medios instrumentales no convierte a la prueba audiovisual en documental, pericial o testifical.

En nuestro caso, se da una circunstancia peculiar. En las grabadoras tradicionales, el registro de una conversación se realizaba en una cinta magnetofónica, de forma que podía afirmarse que cuando esta se aportaba al juicio, la parte estaba presentando el original. Sin embargo, las grabadoras digitales actuales, incluyendo los teléfonos móviles, guardan la grabación directamente en la memo-

⁴² *Ibidem*.

⁴³ FERRANDO GARCÍA, F.M., «Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos...», *op. cit.*, pág. 314. De la misma opinión es ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos...*, *op. cit.*, pág. 190. NIEVA FENOLL («La prueba en documento multimedia», *op. cit.*, pág. 472) llega a la misma conclusión aplicando por analogía el artículo 384 de la LEC.

⁴⁴ STSJ Madrid de 5 de junio de 2005.

⁴⁵ AA.VV. (CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 1.280.

⁴⁶ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos...*, *op. cit.*, pág. 189.

ria. Su contenido, a su vez, puede grabarse en un ordenador o en un soporte multimedia (CD, USB...). De esta forma, en nuestro caso, el teléfono móvil es el original mientras que el CD que se aportó al juicio, no deja de ser una copia. Creemos conveniente, en consecuencia, presentar también el teléfono móvil acompañado de un informe pericial que acredite que su contenido no ha sido manipulado y que la conversación grabada en el CD coincide con la conversación original.

Respecto de la facultad de la parte contraria de proponer medios, el problema en el proceso laboral aparece porque esta no conocerá la prueba hasta el momento del juicio, por lo que no dispondrá de tiempo para preparar la prueba, a menos que el juez admita su práctica como diligencias finales⁴⁷.

3.4. Acta de la reproducción.

El artículo 89 de la LPL al regular el contenido del acta que se irá extendiendo durante el juicio, no contiene ninguna mención a los medios audiovisuales de prueba. Debe entenderse entonces, que dicha regulación debe completarse con la contenida en el artículo 383 de la LEC que indica que en ella se consignará «cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas». Asimismo, el tribunal podrá acordar mediante providencia que se realice una transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, siempre que sea de relevancia para el caso, la cual se unirá al acta.

Como ha señalado la doctrina, el artículo 383 no exige que en el acta se refleje la información obtenida como consecuencia de la práctica de la prueba, «sino más bien identificar las fuentes de prueba». Ello es así, porque «basta la reproducción de la imagen o el sonido, para auxiliar la memoria del Juez o permitir a otro tribunal revisar la actividad probatoria en futuros recursos⁴⁸». De hecho, conforme al propio artículo 383 «el material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el tribunal, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufra alteraciones».

Sí será conveniente ordenar la práctica de la transcripción literal cuando la naturaleza o estado del soporte haga imposible la reproducción, o la duración o contenido de la información hiciera prudente o aconsejable su utilización⁴⁹.

3.5. Valoración de la prueba.

Nuevamente la LPL guarda silencio acerca de la valoración de la prueba practicada con medios audiovisuales. Se aplica, por lo tanto, la regla contenida en el artículo 382.3 de la LEC, lo que supone que el juez valorará las reproducciones realizadas con estos medios conforme a las reglas de la sana crí-

⁴⁷ FERRANDO GARCÍA, F.M., «Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos...», *op. cit.*, pág. 314.

⁴⁸ Ídem, pág.315. *Vid.*, también ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos...*, *op. cit.*, pág. 191.

⁴⁹ FERRANDO GARCÍA, F.M., «Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos...», *op. cit.*, pág. 315.

tica. Como han apuntado tanto la doctrina civilista⁵⁰, como la laboralista, el legislador ha excluido expresamente la valoración tasada prevista para los documentos⁵¹. Ello denota una cierta desconfianza o temor hacia los medios audiovisuales por la posibilidad de falsificación. En este sentido, NIEVA FENOLL advierte que «las imágenes y sonidos tendrán cada día mayor calidad y nitidez. Pero al mismo tiempo que su avance en esa calidad de imagen y sonido, avanzarán también las técnicas de falsificación, de manera que cada vez resultará más imposible distinguir los elementos falsificados de la grabación⁵²».

Esta misma doctrina se ha planteado la posibilidad de aplicar por analogía algunas reglas previstas para la prueba documental y es que, como hemos señalado anteriormente, con estos medios se plantean los mismos problemas de autenticidad que con los documentos. Por esta razón, FERRANDO GARCÍA considera que habría estado justificada la aplicación de las reglas de la valoración de la prueba documental no impugnada por inauténtica, «de modo que si el autor aparente no impugnara su identificación o la reconociera (p.ej., reconociera su voz en la grabación), el Juez quedará vinculado por tal admisión o reconocimiento de la autenticidad». Pese a todo, sostiene que será preciso concluir la autenticidad de las pruebas reconocidas por la parte perjudicada, ya que, conforme al artículo 316.1 de la LEC, la admisión por una parte de hechos que le son enteramente perjudiciales constituye prueba tasada⁵³.

IV. CAPACIDAD REVISORA DE LOS MEDIOS DE GRABACIÓN DE VOZ

Como apuntábamos anteriormente, el debate sobre la naturaleza de las pruebas de grabación de palabras y sonido, no es meramente académico, sino que tiene consecuencias prácticas. En concreto, de su equiparación o no a la prueba documental dependerá la admisión del recurso de revisión donde la revisión de los hechos declarados probados se base en este tipo de pruebas.

El artículo 191 b) de la LPL dispone que el recurso de revisión puede ir encaminado a «revisar los hechos declarados como probados, tomando como base para ello las pruebas documentales y periciales practicadas». A su vez, el artículo 194.3 de la LPL prevé como requisito indispensable para la revisión de los hechos probados, que en el escrito de interposición del recurso se señalen «de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión de los hechos probados que se aduzca».

⁵⁰ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos...*, *op. cit.*, págs. 202-208. NIEVA FENOLL, J., «La prueba en documento multimedia», *op. cit.*, pág. 485. AA.VV. (CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., coords.), *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, págs. 1.280-1.281.

⁵¹ FERRANDO GARCÍA, F.M., «Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos...», *op. cit.*, pág. 316.

⁵² NIEVA FENOLL, J., «La prueba en documento multimedia», *op. cit.*, pág. 490.

⁵³ FERRANDO GARCÍA, F.M., «Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos...», *op. cit.*, págs. 316-317. Partiendo de su consideración como documento privado, KAHALE CARRILLO, D.T., («La reproducción de las palabras, las imágenes y el sonido...»), *op. cit.*, págs. 123-132) aplica las reglas de valoración del artículo 326 de la LEC. CUBEO ROMERO, V., [«La prueba documental», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B., y SEMPERE NAVARRO, A.V., coords.), *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 297] considera que cuando las imágenes o sonidos expresen o pretendan expresar o representar una realidad, pueden ser de aplicación a los medios e instrumentos las normas sobre la autenticidad de los documentos, mientras que si esas imágenes no son representaciones sino hechos o estado de cosas no pueden ser de aplicación dichas normas de valoración legal.

Tradicionalmente, la doctrina judicial que defendía la equiparación de los medios audiovisuales a los documentos, reconocía a estos efectos revisorios⁵⁴. Tras la reforma de la LEC llevada a cabo en el año 2000, se discutió si dicha interpretación debía mantenerse para el orden social o si, por el contrario, debía entenderse desautorizada por la nueva regulación procesal civil.

Compartimos la opinión de CAVAS MARTÍNEZ⁵⁵ quien, partiendo de las distancias marcadas por la LEC de 2000 entre estos medios de prueba y la documental, y su consideración actual como un medio de prueba autónomo, rechaza que bajo el término «documento» a que se refiere el artículo 191.1 b) de la LPL, puedan incluirse medios audiovisuales. Advierte el autor que para poder sustentar en ellos el alegato de error de hecho, sería necesaria una modificación *ad hoc* de la LPL⁵⁶.

Esta opinión es la que mantiene la STSJ Galicia de 9 de julio de 2008⁵⁷ cuando afirma que «si bien los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten el archivo y conocimiento de datos son admitidos como prueba en los artículos 90.1 de la LPL y 382 y siguientes de la LEC, cuando esta última los reconoce, lo hace como medios autónomos de prueba, esto es, como un medio de prueba distinto de los documentos públicos y privados que tipifica el artículo 299 de la LEC, de ahí que, al carecer el disco de DVD del carácter de prueba documental a efectos de recurso, y resultando únicamente medios hábiles para la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia la prueba pericial o en una verdadera prueba documental, la revisión no prospera»⁵⁸.

V. LA STSJ ANDALUCÍA/GRANADA DE 25 DE JUNIO DE 2008

La STSJ Andalucía/Granada de 25 de junio de 2008 aplica la doctrina del Tribunal Constitucional y considera que la grabación de la conversación telefónica por parte del trabajador, no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones.

Se enmarca, además, dentro de la jurisprudencia menor que continúa considerando la prueba de grabación de voz como una prueba documental. En consecuencia, no rechaza el recurso de suplicación por negar capacidad revisora a dicho medio de prueba, sino que entra a analizar si el juez de instancia valoró correctamente la prueba.

La argumentación que realiza la Sala es muy confusa, pues tras afirmar que no existe la menor duda acerca de que la grabación «no deja de ser un documento privado», se remite al artículo

⁵⁴ Cita CAVAS MARTÍNEZ («El recurso laboral de suplicación...»), *op. cit.*, pág. 419) las siguientes sentencias: SSTSJ Madrid de 28 de octubre de 1992; Galicia de 21 de noviembre de 1996; Murcia de 16 de septiembre de 1998; País Vasco de 14 de marzo de 2000; Andalucía/Málaga de 28 de enero de 2000.

⁵⁵ Ídem, págs. 415-420.

⁵⁶ De la misma opinión son MONTOTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de procedimiento laboral*, *op. cit.*, pág. 250. Recuerdan los autores que es indiferente que la práctica de la prueba venga acompañada de transcripción escrita, ya que ello no la convierte en prueba documental.

⁵⁷ Rec. 2452/2008.

⁵⁸ En el mismo sentido, en relación con la prueba de la cinta de DVD también niega su carácter documental a efectos del recurso de revisión, la STSJ Cantabria de 15 de febrero de 2006 (Rec. 54/2006).

lo 318 de la LEC que regula el modo de producción de la prueba por documentos públicos y liga la aportación de original o copia fehaciente al valor del documento.

Afirma la Sala que todo documento, cualquiera que sea la forma en que se aporte podrá ser valorado por el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Considera que, aun partiendo, lo que no es el caso, de dar autenticidad a dicho documento no hace prueba plena y sería factible valorar en esa apreciación conjunta de la prueba que corresponde al Magistrado. La Sala no tiene en cuenta, que, de acuerdo con el artículo 326 de la LEC «los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen». En consecuencia, si la empresa no hubiera impugnado la autenticidad, la grabación habría hecho prueba plena, según el artículo 319 de la LEC del «hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella». Por lo tanto, el juez tendría que haber admitido la revisión de los hechos declarados probados. Cuestión distinta es el valor que haya de dar el juez a esos hechos para determinar si el despido finalmente es nulo o no por vulneración de la garantía de indemnidad.

Consecuente con su consideración como documento privado y, dado que se impugnó la autenticidad de la grabación, conforme al artículo 326.2 de la LEC, la parte debería haber propuesto, no ya el cotejo pericial de letras, pero sí «cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto». Solo cuando no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

El que se escuchara en juicio la grabación hecha en un teléfono móvil no tiene mayor relevancia en tanto en cuanto, impugnada su autenticidad, dejó de ser «medio de prueba» para convertirse en «objeto de prueba». La actuación de la parte no se debió limitar a presentar el CD sino que, de igual suerte y para caso de no reconocerse dicho documento, debió interesar la pericial oportuna que demostrase la autenticidad de las voces, la correspondencia de esta con las personas que se dicen intervenir en la conversación grabada, la inexistencia de extracto de frases sacadas de contexto o, en resumidas cuentas, la exactitud, veracidad y autenticidad de dicha grabación.

Al no hacerse así el Magistrado la tuvo en cuenta y valora la grabación como le es permitido y ello de forma total y absolutamente correcta.

Como puede observarse, la Sala rechaza la revisión de los hechos declarados probados. porque el juez, que era libre de valorar la prueba aplicando las reglas de la sana crítica, la valoró correctamente. A la misma conclusión se habría llegado aplicando directamente el artículo 382.3 de la LEC. Podría, por lo tanto, parecer indiferente la consideración de la prueba de grabación de voz como prueba documental o como medio de prueba autónomo que se rige por reglas particulares. Sin embargo, si bien no parece existir diferencia cuando la prueba es impugnada, no es así cuando la parte demandada no la rechaza por inauténtica, ya que en este caso, la consideración de la grabación como documental obligaría a dar valor de prueba plena a la grabación y considerar probados los hechos que de ella se desprenden. En nuestro caso, que la empresa sí tuvo conocimiento de la denuncia presentada por el trabajador ante la Inspección de Trabajo, dos meses antes del despido.