

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO

Anno XXXV Fasc. 1 - 2016

ISSN 0393-2494

Jesús Cruz Villalón

**DERECHO A LA PROPIA IMAGEN
Y DISCRIMINACIÓN DE LA
MUJER EN EL TRABAJO EN
ESPAÑA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

DOTTRINA

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de derecho del trabajo y de la seguridad social, Universidad de Sevilla

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL TRABAJO EN ESPAÑA (*)

ÍNDICE: 1. El reto de construcción de criterios genéricos frente a la diversidad de situaciones. — 2. La singular afectación a la mujer en el trabajo. — 3. El alcance e incidencia del derecho a la propia imagen en el ámbito laboral. — 3.1. Ámbito objetivo del derecho a la propia imagen. — 3.2. Titularidad subjetiva del derecho a la propia imagen. — 3.3. La funcionalidad del consentimiento en el ámbito laboral. — 4. La especial dificultad de la vertiente positiva de la propia imagen en la diferencia por sexo. — 4.1. Diferencia de tratamiento genérica y juego de presunciones. — 4.2. El principio general y las excepciones: presunción y carga probatoria. — 4.3. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad justificativas de la diferenciación. — 4.4. La diferencia de cargas por razón de sexo. — 4.5. Criterios de detección de los estereotipos sexuales.

1. *El reto de construcción de criterios genéricos frente a la diversidad de situaciones.* — Todas las situaciones relacionadas con la indumentaria y apariencia del trabajador en el cumplimiento de su prestación de servicios se presentan como una materia eminentemente escurridiza, en la que la complejidad de la materia desde muy diversas perspectivas proporciona una notable dificultad para llegar a conclusiones cerradas y que permitan generalizaciones para trasladar a supuestos que en el futuro se puedan presentar. Se trata de una materia llena de matices grises, donde las afirmaciones rotundas para ser verdaderamente rigurosos inmediatamente con-

(*) El presente texto fue elaborado como aportación a la obra en homenaje a la profesora Teresa PÉREZ DEL RÍO con motivo de su jubilación, *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo*, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2015.

ducen a imaginar circunstancias particulares que requieren de aclaraciones, cuando no de precisiones de excepción.

Al mismo tiempo se aprecia la trascendencia de la materia por su afectación a principios jurídicos y derechos de primer orden implicados en la materia, donde el régimen jurídico presenta enormes interrogantes interpretativos, cuando no palmarias lagunas de regulación.

Para empezar, hoy en día en esta materia prima la diversidad, rompiéndose la uniformidad que existía en el pasado en todos los aspectos de la vida, que comportaba una nítida identidad en el aspecto y la forma de vestir en el seno de la empresa, con clara identificación según grupos profesionales. Las formas tanto de vestir como los valores culturales respecto del modo de presentarse en sociedad el ciudadano/trabajador por lo que refieren a la apariencia personal se caracterizan hoy en día por una amplísima variedad de opciones, por mucho que las modas provoquen ciertas tendencias hacia la uniformidad. Más aún, la indumentaria y la apariencia actualmente vienen identificadas por cada sujeto como su propia singularidad y, en especial, como reflejo de formas de concebir la vida y las relaciones sociales, de modo que las opciones a estos efectos de cada uno se convierten en factor clave de la propia personalidad individual, de sus valores sociales, culturales, incluso con notable conexión a los propiamente ideológicos, incluso religiosos.

Del mismo modo, esa diversidad cultural hoy en día imperante, rompe moldes decisivos en esta materia. Una determinada indumentaria y apariencia que en el pasado era considerada signo de status profesional y social, hoy en día ha dejado de serlo, incluso se valora de manera inversa a como se hacía en el pasado; por ejemplo, mientras que en el pasado los elementos de indumentaria y apariencia más exigentes se identificaban con los empleados de niveles y responsabilidades profesionales superiores, hoy en día en ciertas empresas el canon varía exigiéndose mayor rigurosidad en ciertos aspectos a quienes — aunque desempeñan tareas inferiores — se encuentran en mayor contacto con el público y representan de forma más inmediata la imagen empresarial. Al propio tiempo, estos cambios sociales en estos momentos son mucho más rápidos que en el pasado, siendo muy probable que sigan evolucionando de modo difícilmente previsible y a un elevado ritmo de cambio: lo

que hoy se considera normal no lo será tanto en el futuro, del mismo modo que lo que hoy se puede considerar como inadmisibles tampoco lo sea tanto pasado un tiempo.

Frente a ello, tampoco cabe una respuesta universal a los interrogantes que se presentan, porque las características de cada empresa y el tipo de clientes de las mismas son diferentes; de igual forma, el tipo de trabajo que cada uno realiza en la empresa también marca diferencias a estos efectos, lo que influye igualmente, de modo que la respuesta puede no ser la misma en cada caso. Mientras que en el pasado la uniformidad en la indumentaria y en la apariencia se encontraba perfectamente prefijada en atención no tanto a lo decidido por el empleador sino a los usos y costumbres sociales imperantes, actualmente no resulta tan fácil afirmar cuáles son estos; o bien los mismos son opuestos y contrarios según empresas, actividades o en el medio en el que se desenvuelven. Ello provoca incluso que la indumentaria exigida en una determinada actividad provocaría rechazo total en otra; por ejemplo, se rechazaría por completo que un empleado acudiese con chaqueta y corbata en una tienda de ropa deportiva; o bien que no es lo mismo un restaurante clásico que otro en un lugar de vacaciones en la playa.

Desde el punto de vista de los condicionamientos que se imponen en esta materia no es lo mismo una simple intervención en negativo, a través de la cual se marcan prohibiciones del modo cómo no se debe acudir al trabajo, que indicar en positivo cómo se debe uno presentar con exactitud. A su vez las motivaciones que pueden determinar o justificar el interés de la empresa pueden ser bien diversas y de intensidad igualmente variada, aunque el contraste en una sociedad postindustrial resulta mucho más patente que en el pasado: en una sociedad de servicios, donde en la mayoría de las actividades económicas lo decisivo es el cómo se atiende al consumidor y usuario, la imagen de la empresa resulta decisiva y ésta se exterioriza y se presenta en gran medida a través de la presencia de sus trabajadores.

Todo lo anterior desemboca en una primera conclusión por parte de algunos autores que han tratado la materia, que, a mi juicio, debe rechazarse rotundamente. Me refiero a quienes, a la vista de la diversidad de situaciones imaginables y de los cambios que se producen con el paso del tiempo, arrancan afirmando que en

esta materia no es posible establecer reglas generales, en términos tales que debe responderse de manera puntual en cada caso concreto, tomando en consideración las circunstancias particulares que concurren en cada situación. Desde esta perspectiva, el análisis deviene enormemente casuístico, con recurrente mención a supuestos emblemáticos que se han presentado en la práctica, quedándose en el terreno superficial de indicar cuál ha sido la respuesta dada en ese concreto caso, pero sin aventurarse a establecer conclusiones al respecto extensibles a supuestos similares de futuro. Dicho de otro modo, desde la perspectiva del análisis jurídico de esta materia, el centro de atención es el del típico análisis jurisprudencial, sobre el método del caso con toda la riqueza de variantes que el mismo presenta, pero sin capacidad de efectuar una construcción de principios generales al respecto. Siendo a estas alturas muchos los estudios doctrinales existentes entre nosotros, prácticamente todos ellos tienen como referente principal de sus respectivos trabajos las sentencias dictadas al efecto, siendo, por tanto, el método del comentario jurisprudencial el más extendido en la materia, que condiciona notablemente las conclusiones a las que se llegan, sin con ello pretender desmerecer la valía, calidad y aportaciones de los mismos (1).

(1) Cfr., entre otros, M.C. AGUILAR MARTÍN, *Vulneración del derecho a la imagen por la extralimitación del poder de dirección empresarial*, en AA. VV., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, 2014; B. AGRA VIFORCOS, *El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo: la propia imagen en sentido positivo*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2006, n. 275; P. ARAMENDI SÁNCHEZ, *Con falda...¿se trabaja mejor?*, *Aranzadi Social*, 2008, 18; A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *Marco teórico para la solución de conflictos jurídicos relativos al aspecto del trabajador y la discriminación*, en AA. VV., *Los derechos fundamentales* cit.; I. BALLESTER PASTOR, *Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador. Límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral*, *Tribuna Social*, 2005, n. 169; A. CÁMARA BOTÍA, *La libertad de vestir del trabajador*, *Aranzadi Social*, 2013, n. 6; del mismo autor, *Uniformidad de los trabajadores: diferencia o discriminación*, en AA. VV., *Los derechos fundamentales* cit.; J. GARCÍA ORTEGA, *La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales*, en J.R. DE VARDA - BEAMONDE, *Veinticinco años de aplicación 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*, Aranzadi, 2007; E. GONZÁLEZ BIEDMA, *La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación problemática*, en AA. VV., *Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, Madrid, 2006; S. GONZÁLEZ

Es más, esa construcción dogmática realizada a partir de la jurisprudencia presenta la enorme dificultad añadida de que el número de sentencias dictadas sobre la materia en nuestro país es notablemente reducido, centrados, por tanto, en casos muy particulares, que no logran dar respuesta al amplio abanico de interrogantes jurídicos planteados en la materia. En efecto, por lo que se refiere al Tribunal Constitucional y relativo a la apariencia del trabajador nos encontramos tan sólo con una sentencia (2) y sobre algún otro elemento adicional relacionado con la propia imagen otra concreta sentencia (3), número de todo punto insuficiente como para poder reflexionar con un mínimo de riqueza argumental en la perspectiva constitucional; especialmente poco útiles resultan tales sentencias desde la perspectiva de género, que pretende ser el enfoque de este trabajo, por cuanto que ninguna de ellas toma en consideración tal vertiente del asunto. Igualmente escasas son las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, pues directas sobre la materia apenas hay dos, aunque ahora sí relacionadas con el tratamiento diferenciado de la mujer en el trabajo, ambas concentradas en un específico asunto como es el relativo a la obligación del uso de la falda en el trabajo, por añadidura con pronunciamientos opuestos por mucho que se haya intentado justificar la

ORTEGA, *Una cuestión de faldas*, *Aranzadi Social*, 2011, n. 4; M. LLANO SÁNCHEZ, *Derecho a la propia imagen y apariencia externa del trabajador*, en *Derechos del trabajador y libertad de empresa*, GARCÍA MURCIA coord., Navarra, 2013; E. MARTÍNEZ LÓPEZ, *El uso de falda impuesto por RENFE a las trabajadoras de determinados servicios del AVE ¿forma parte del poder de dirección y organización de esta empresa?*, *Aranzadi Social*, 2001, 82; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Sobre el derecho a la propia imagen*, *Poder Judicial*, 1988, n. 10; I. A. RODRÍGUEZ CARDO, *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Oviedo, 2009; del mismo autor, *Reglas de uniformidad diferentes en función del sexo: de faldas, pantalones y otras prendas de vestir*, *Aranzadi Social*, 2009, 2; J.M. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, *El control del empresario sobre la apariencia física del trabajador*, *Revista del Poder Judicial*, 2011, n. 92. J. TORRENTS MARGALAEF, *Las limitaciones al ejercicio del derecho activo a la propia imagen del trabajador*, en AA. VV., *Los derechos fundamentales cit.*; F. DE VICENTE PACHÉS, *El derecho a la libre apariencia física-estética en las relaciones de trabajo: una aproximación desde una perspectiva de sexo-género*, en AA. VV., *Los derechos fundamentales cit.*; A. VILLALBA SÁNCHEZ, *Derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador*, en AA. VV., *Los derechos fundamentales cit.*

(2) STC 170/1987, de 30 de octubre.

(3) STC 99/1994, de 11 de abril.

contradicción (4). Es cierto que se ha dictado un número superior de sentencias de órganos inferiores, en concreto de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, pero siempre resulta arriesgado llevar a cabo construcciones doctrinales acudiendo a pronunciamientos que no poseen un estricto valor jurisprudencial (5). A mayor abundamiento, ante la indiscutible complejidad de la materia, las resoluciones dictadas hasta el momento en muchas ocasiones eluden afrontar de manera directa el asunto en cuestión, procurando resolverlo por vías indirectas, a través de aspectos más formales o de procedimiento, incluso en ocasiones con afirmaciones de principio que no se ven acompañadas del argumento jurídico en el que se sustentan, por lo que tienen una utilidad limitada.

Frente a ello, habría que comenzar indicando que, la fórmula del caso, muy propia de la cultura jurídica anglosajona, no es fácilmente trasladable al método de argumentación jurídica propio de los ordenamientos continentales. Baste tener presente el valor jurídico secundario que posee la apelación al precedente judicial, mientras que como contraste destaca la trascendencia que en nuestro ordenamiento jurídico se le otorga al valor de la seguridad jurídica, que resulta de todo punto opuesto al mero trabajo casuístico y trabajar sobre esa a nuestro juicio errónea premisa de que no resulta posible en esta materia la construcción de criterios generales. Dicho de otro modo, la construcción de criterios generales es una exigencia y un imperativo ineludible del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Una seguridad jurídica que constituye un valor de primer orden tanto para los intereses de los trabajadores como de los empresarios. Ni los trabajadores se pueden desenvolver en su actuación cotidiana de modo que disfruten de la garantía de sus derechos constitucionales en esta materia sin la certeza de qué tipo de órdenes pueden desobedecer respecto del derecho a la propia imagen en relación con su indumentaria y

(4) STS 23 de enero de 2001, RJ 2063; STS 19 de abril de 2011, RJ 2309.

(5) Por todas, SSTSJ, Cantabria, 17 agosto 2000, AS 3145; País Vasco, 16 enero 2001, AS 956; Madrid 18 abril 2001, AS 2341; Andalucía/Granada, 13 noviembre 2001; Canarias/Las Palmas, 20 diciembre 2001, AS 159624; Madrid 18 de julio de 2001, AS 3874; Madrid 7 de mayo de 2002, AS 2042; Galicia, 27 de junio de 2002, AS 3521; La Rioja 25 de abril de 2003, JUR 228623; Madrid 15 octubre 2007; Cataluña, 23 julio 2008, AS 2096; Madrid, 3 de junio de 2015, JUR 178812.

apariciencia, ni los empresarios pueden asumir el riesgo de la inseguridad respecto de cuál es el margen del ejercicio de sus poderes directivos en esta materia.

Por lo demás, en el ordenamiento positivo existen elementos suficientes para construir tales criterios generales, aun cuando sea preciso un proceso argumentativo complejo y coherente al efecto. Especialmente cuando, como veremos a continuación, en esta materia confluye la garantía de derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente reconocidos, incluida la tutela antidiscriminatoria, por lo que no es aceptable partir de esas afirmaciones de relativización de la materia por la vía de la casuística que impide la construcción de criterios generales. En suma, con todas las cautelas necesarias, vamos a intentar llevar a cabo en este trabajo ese esfuerzo de construcción de criterios generales o de principios informadores de interpretación a los efectos de lograr aportar unas conclusiones razonables, que, a la postre, aporten el imprescindible margen de seguridad jurídica.

2. *La singular afectación a la mujer en el trabajo.* — La normativa de referencia en esta materia, por mucho que inicialmente se pueda concentrar en una específica institución, presenta indudables ramificaciones que provocan una necesaria toma en consideración de otras regulaciones colindantes o de aplicación complementaria. Si nos centramos exclusivamente en la perspectiva constitucional, no cabe la menor duda de que el referente normativo por excelencia es el art. 18 CE, donde expresamente se garantiza el derecho a la propia imagen, precepto desarrollado con carácter general por medio de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (6), sin encontrarnos en dicha Ley ninguna mención ni desarrollo específicos por parte de la legislación laboral a esta materia. Eso sí, como indicamos, el derecho a la propia imagen puede verse afectado por otros derechos o principios jurídicos constitucionales propios; sin entrar en mayores detalles ni argumentaciones, resulta de obligada toma en consideración el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE),

(6) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (BOE 14 de mayo).

el principio de igualdad y la prohibición de tratamiento discriminatorio (art. 14), la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), el derecho al honor, así como a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), el derecho de información y expresión (art. 20 CE), incluida la libertad sindical en su vertiente de derecho de acción sindical (art. 28 CE).

En este caso concreto, por añadidura, nuestra voluntad es la de ofrecer una perspectiva que prácticamente no se ha explorado hasta el momento presente dentro de la doctrina laboral española: orientar este estudio desde la perspectiva precisa de la incidencia que pueden tener las presuntas lesiones al derecho a la propia imagen desde la perspectiva de género. Por tanto, desde el punto de vista jurídico constitucional lo que se pretende realizar es una lectura integrada del derecho a la propia imagen (art. 18 CE) junto con la posible afectación a la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). En particular, se pretende establecer el puente de conexión entre ambos preceptos, en la medida en que puede suceder que en ocasiones las políticas de gestión de personal por parte de las empresas hagan uso de sus facultades de contratación, de organización, de control, así como disciplinarias y de extinción contractual conectadas con la indumentaria o apariencia de las trabajadoras, por tanto, con un sesgo de tratamiento diferenciado según que se trate de hombres o mujeres. Dicho de otro modo, se trata de explorar en qué medida esas políticas de gestión de personal diferenciadas por razón de género pueden llegar a comportar una discriminación indirecta, como tales lesivas del art. 14 CE, al mismo tiempo que indebidamente restrictivas del derecho constitucional a la propia imagen, como tales contrarias al art. 18 CE. Desde esta concreta vertiente, no cabe la menor duda de que aquí, en muchas ocasiones, se manifiesta de manera más inmediata la incidencia de los estereotipos de género sobre el tratamiento específico que reciben las mujeres en el trabajo, lo que se articula de manera directa en unas más intensas exigencias a la mujer en cuanto a su presencia en el trabajo, con mayor tolerancia o falta de atención respecto de idéntico comportamiento respecto de los hombres. Se trata, en esencia, de aplicar la ya bien consolidada legislación y regulación relativa a las conductas de discriminación indirecta aplicadas al caso concreto de la indumentaria y apariencia de las mujeres en el trabajo.

En un principio, la materia podría abordarse exclusivamente desde la perspectiva de la prohibición de tratamiento discriminatorio, en su específica vertiente de la discriminación indirecta, sin necesidad de toma en consideración del impacto que tales conductas puedan tener sobre el derecho a la propia imagen. La propia técnica de análisis jurídico y, especialmente, de argumentación jurisprudencial propiciarían esta forma aislada e independiente de tratamiento de la afectación a la prohibición de discriminación contemplada en el art. 14 CE. La circunstancia de que a estas alturas se encuentra notablemente perfeccionada y fuertemente consolidada la construcción dogmática, el entramado jurídico-positivo y la jurisprudencia constitucional y ordinaria en materia de discriminación, con particular atención a la discriminación indirecta por razón de género y las sanciones efectivas contempladas frente a las conductas inconstitucionales detectadas al efecto, puede proporcionar instrumentos plenamente eficaces en esta materia y, por ende, podría pensarse que autosuficientes como para resolver todos los asuntos que se pudieran presentar en esta vertiente. Dicho en sentido negativo, se podría pensar que resulta innecesario abordar la perspectiva relativa al derecho propia imagen, que aportaría bien poco desde la perspectiva práctica de resolución de los conflictos que surgen en este concreto enfoque. En efecto, cuando los Tribunales proceden a la resolución de una impugnación basada en un incumplimiento múltiple de variados preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas, lo llevan a cabo analizando por separado cada uno de los preceptos fundamento del recurso (7).

Sin embargo, la plena riqueza jurídica de esta materia deriva precisamente del entrecruzamiento de principios y derechos constitucionales, del que debe derivar una comprensión más completa de estas conductas cuando simultáneamente afectan a una discriminación indirecta y a un derecho fundamental inespecífico como es el correspondiente a la propia imagen.

De una parte, los asuntos relacionados con la propia imagen presentan dosis mayores de complejidad cuando las diferencias de tratamiento afectan a los aspectos relacionados con la indumenta-

(7) Por todas, STC 156/2001, de 2 de julio.

ria y apariencia de la mujer, lo que obliga a tratar ambas perspectivas (discriminación y propia imagen) de manera integrada.

De otra parte, sin poder desconocer que al final los Tribunales no pueden eludir la técnica del análisis individualizado de la posible lesión a cada concreto derecho constitucional, tampoco puede minusvalorarse la trascendencia de la perspectiva de conjunto; en particular, que resulta mucho más relevante que una determinada conducta contenga un tratamiento pluriofensivo desde el punto de vista objetivo, al comportar una lesión múltiple a varios principios y derechos tutelados constitucionalmente con el rango de fundamentales. El plus de daño al ordenamiento jurídico que comporta tal pluriofensividad debe ponderarse en la valoración jurídica de tales conductas y, por tanto, es coherente ser más rigurosos en las reacciones que corresponden ante tal tipo de conductas pluriofensivas. Más aún, como intentaremos argumentar, la carga probatoria debe jugar de modo diferente en estos supuestos.

Y, precisamente, tal ocurre en estos casos, en los que a la posible concurrencia de una discriminación indirecta por razón de género, se adiciona el hecho en modo alguno irrelevante de que tal conducta se materializa con afectación al derecho a la propia imagen. Es una perspectiva que da pleno sentido y permite una mejor comprensión de la significación del fenómeno, especialmente de la trascendencia de posibles tratamientos diferenciales peyorativos de la mujer como grupo social tradicionalmente discriminado en el trabajo. Especialmente, es la que permite sacar a la luz que se trata de aspectos relacionados con la imagen de la mujer en el trabajo y que, por tanto, adquieren una especial relevancia y singularidad. Esa orientación en el análisis es justamente la que permite destacar el alcance de la posible lesión y, en particular, que no se trata de aspectos de orden secundario, de, por expresarnos con cierta simplicidad, meros “caprichos” de la mujer en el trabajo respecto de la indumentaria y apariencia con la que pretende ejercer su actividad profesional. En concreto, es el modo de hacer hincapié en que con dichas diferencias de tratamiento discriminatorias se afecta al desarrollo de la personalidad de la trabajadora, a su propia dignidad, por cuanto que éste es tradicionalmente el primer engarce de fundamento constitucional que se realiza res-

pecto del derecho a la propia imagen, tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia.

3. *El alcance e incidencia del derecho a la propia imagen en el ámbito laboral.* — El derecho a la propia imagen presenta como primera dificultad el hecho de que el mismo no suele recogerse en las Constituciones de nuestro entorno jurídico cultural, ni en las declaraciones internacionales de derechos fundamentales (8).

Pero, sobre todo, el primer reto de trascendencia se verifica en la medida en que el reconocimiento de este derecho constitucional se ha construido esencialmente desde una perspectiva civilista o privatista, con las particularidades propias de esa rama del ordenamiento jurídico y, por ende, sin toma en consideración de las especialidades que presenta su traslación al ámbito de las relaciones laborales. Ello, esencialmente, obliga a superar tres importantes asuntos: uno relativo al ámbito objetivo del derecho, otro segundo relativo a la titularidad subjetiva del derecho y un tercero relacionado con la funcionalidad del consentimiento del interesado respecto a la limitación del derecho.

3.1. *Ámbito objetivo del derecho a la propia imagen.* — Lo relacionado con el ámbito objetivo se refiere al tipo de conductas acogidas, al contenido del derecho a la propia imagen. En gran medida ello se encuentra también estrechamente vinculado a la finalidad u orientación objeto de tutela a través de este derecho. Ante todo, ello conecta igualmente con el dato de que el reconocimiento en nuestro texto constitucional aparece sistemáticamente vinculado al derecho al honor así como al derecho a la intimidad personal y familiar, al extremo que a veces se entiende el derecho a la propia imagen como una mera proyección en lo concreto de la tutela de la esfera de privacidad del ciudadano, como una simple concreción del derecho a la intimidad que viene contemplado en el mismo precepto constitucional: «El derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada, intervención que en el derecho que ahora nos ocupa puede manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la

(8) Por todos, A. ALEGRE MARTÍNEZ, *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, 1997.

imagen y sus manifestaciones como de la difusión o divulgación posterior de lo captado» (9). Ello determina una lectura limitada del derecho a la propia imagen, que alcanza exclusivamente al elemento instrumental de la utilización de la imagen personal. Desde esta perspectiva, para la doctrina que ha estudiado tal derecho se concibe que la lesión deriva de actos de captación, reproducción o publicación de la imagen, lo sea en un sentido positivo de permisión de tales actos o en clave negativa de impedimento de los mismos (10). Por añadidura, esa perspectiva reductiva es en esencia la recogida en la Ley Orgánica de desarrollo en nuestro ordenamiento del derecho fundamental reconocido en el art. 18 CE. No obstante, inmediatamente a continuación debe llamarse la atención del hecho de que dicha norma no contiene referencia alguna a la vertiente laboral del ejercicio de tal derecho, incluso ello queda patente no sólo por el contenido de las facultades reguladas en la norma, sino por su propia denominación, pues la misma lleva expresamente por título «de protección civil del derecho», aparte de integrar en la misma norma los tres derechos previstos en el mismo apartado constitucional: honor, intimidad personal y propia imagen.

Con ser importante tal vertiente del derecho a la propia imagen en el ámbito de lo laboral, habiendo sido un aspecto relevante en alguna sentencia del Tribunal Constitucional, el mismo no agota la riqueza de la materia en el campo de las relaciones laborales (11). Frente a lo anterior, resulta obligado destacar que el panorama se presenta mucho más amplio y diverso en cuanto a las conductas a tomar como referencia cuando nos adentramos en el trabajo asalariado. En efecto, la tutela de la propia imagen en el ámbito civil en la práctica totalidad de las ocasiones basta que quede circunscrita al uso público que otros pretendan realizar de la propia imagen, en la medida en que se presupone que cada individuo en su

(9) STC 117/1994, de 25 de abril.

(10) Por todos, ALEGRE MARTÍNEZ, *El derecho cit.*, 23 ss.; J.R. DE VERDA Y BEAMONDE, *El Derecho a la propia imagen*, en *Veinticinco años de aplicación cit.*, 146 ss. A. AZURMENDI ADARRAGA, *El derecho a la propia imagen: su identidad u aproximación al derecho a la información*, Civitas, 1997. J.M. CEBALLOS DELGADO, *Aspectos generales del derecho a la propia imagen*, *Revista la Propiedad Inmaterial*, 2011, 15, 68 ss.

(11) STC 99/1994, de 11 de abril.

esfera personal tiene plena capacidad de autotutela de la libre decisión de su imagen tanto en lo que se refiere a su indumentaria como a su apariencia. Más allá de los condicionantes derivados de los usos y costumbres sociales, cada individuo en las relaciones públicas vestirá y se presentará en sociedad como mejor estime para exteriorizar su propia personalidad, sin que a priori sea imaginable que terceros públicos o privados puedan limitar o condicionar la libertad de optar por una presencia u otra en sociedad. Dejando al margen supuestos muy singulares, como la prohibición administrativa de transitar desnudo por la vía pública o bien prohibiciones de acceso a locales públicos con el burka por parte de mujeres de convicciones islámicas, en el resto de las situaciones no es concebible que se produzcan condicionamientos jurídicos en la indumentaria y apariencia externa de cada uno.

Por el contrario, en lo laboral se presenta como elemento adicional el hecho de que el empresario en el ejercicio de sus poderes organizativos puede limitar o incluso imponer el modo de vestir y la propia apariencia del trabajador, pudiendo condicionar notablemente con ello su apariencia externa; y lo puede hacer no sólo de manera directa durante la jornada laboral y en los locales de la empresa, sino de manera indirecta en la propia vida privada; por poner un simple ejemplo, si a una persona se le impide llevar un determinado largo del cabello en el trabajo, eso incide por necesidad en esa misma apariencia en los tiempos de ocio y en su vida privada, salvo uso de elementos artificiales. Por tal razón, la doctrina laboral tiende a proponer una comprensión cualitativamente diversa de la vertiente positiva del derecho, que abarcaría esa posible ingerencia empresarial sobre la indumentaria y apariencia en el trabajo, más allá de la exclusiva vertiente negativa relativa a la captación, reproducción y publicidad de la imagen.

Teniendo presente que desde este punto de vista adquiere una indiscutible relevancia esta otra vertiente de la importante limitación al ejercicio del derecho a la propia imagen, ha de interpretarse que ambas vertientes, cuando menos a efectos laborales, se integran dentro del derecho fundamental a la propia imagen. Algún valor propio y autónomo ha de atribuirse a la mención expresa en el texto constitucional al derecho a la propia imagen, diferenciado del derecho a la intimidad; de lo contrario, llegaríamos a la conclusión, nada lógica ni sistemática, de que el expreso reconoci-

miento del derecho a la propia imagen no añade nada al derecho a la intimidad, de modo que su presencia o ausencia del texto constitucional resultaría irrelevante, pues bastaría con el reconocimiento del derecho fundamental a la intimidad. Por ello, si algo añade precisamente la inserción en el texto constitucional del derecho a la propia imagen es que éste adquiere una entidad propia y cuando menos en parte diferenciada respecto del derecho a la intimidad, consistente precisamente en el ámbito de lo laboral en el derecho a la libre decisión respecto de la indumentaria y apariencia con la que voluntariamente cada persona se decida presentar en sociedad, en nuestro caso, en el medio de trabajo. Más aún, insistiendo en esa trascendencia y en lo que presenta como genuina la propia imagen respecto del derecho a la intimidad, a nuestro juicio ha de interpretarse que desde la perspectiva laboral tal vertiente “positiva” forma parte del contenido esencial de tal derecho, sin perjuicio de que el mismo, como es obvio, no es en modo alguno absoluto, sino susceptible de limitaciones por razones objetivas, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En este sentido, cabe llamar la atención sobre un elemento singular que se presenta en esta ocasión, en términos comparativos con lo que suele suceder respecto del resto de los derechos fundamentales en el ámbito de lo laboral: mientras que la incorporación del trabajador al seno de la empresa en régimen de subordinación provoca una modulación, adaptación, cuando no una real limitación, del ejercicio de tales derechos en lo laboral, en el caso concreto del derecho a la propia imagen inicialmente provoca, a la inversa, una ampliación o extensión, en la medida en que deviene relevante esta vertiente de la libre opción del trabajador respecto del modo como se presenta en la empresa en cuanto a indumentaria y apariencia, que condiciona de manera relevante los poderes directivos; naturalmente sin perjuicio de que también concurra el impacto inverso de la limitación de la propia imagen a resultas del ejercicio de los poderes directivos y la toma en consideración de los intereses empresariales atendidos por estos. El daño o perjuicio que puede provocarse a un trabajador en esta vertiente de la limitación o condicionamiento de su indumentaria y presencia llega a ser de tal gravedad e incide palmariamente de manera negativa sobre el desarrollo de la personalidad, incluso el respeto a la dignidad del trabajador, que es de todo punto lógico y coherente entender que

ello afecta al núcleo duro de protección del derecho fundamental a la propia imagen.

A mayor abundamiento, esta perspectiva deviene mucho más relevante cuando los posibles condicionantes a la propia imagen pueden implicar una conducta de discriminación indirecta por razón de género. Aquí, no cabe la menor duda de que se refuerza con mayor nitidez la afectación a la tutela constitucional; en particular, la tutela antidiscriminatoria otorga un plus de relevancia a esta vertiente “positiva” de la propia imagen, en la configuración de la misma efectuada por la doctrina laboral.

3.2. Titularidad subjetiva del derecho a la propia imagen. — El segundo elemento de dificultad se sitúa en la determinación de los sujetos que como titulares del derecho pueden reclamar para sí la tutela de su propia imagen por lo que se refiere al ámbito de las relaciones laborales.

Indiscutiblemente a estas alturas se encuentra plenamente consolidada y resulta pacífica la vinculación entre particulares de los derechos fundamentales y libertades públicos. A tenor de ello, puede considerarse como pacífico que en lo que afecta al trabajo subordinado, también los trabajadores gozan del derecho a la propia imagen y, como tal, debe quedar garantizado en su doble vertiente de tutela frente a su captación, grabación y reproducción, como en lo que refiere a la libre opción en la elección de indumentaria y apariencia. Naturalmente todo ello en el marco de la jurisprudencia constitucional relativa a la modulación, adaptación e incluso limitación en el trabajo subordinado a resultas de su necesaria compatibilidad con los intereses empresariales que fundamentan la atribución de los correspondientes poderes organizativos atribuidos legalmente al empleador. En nuestro caso concreto, en la perspectiva de género, concluiríamos diciendo que también las mujeres en el trabajo se encuentran amparadas por el derecho a la propia imagen, que se vería reforzado en la medida en que su lesión se presentase como una conducta que manifestase una discriminación indirecta.

Ahora bien, y más allá de lo anterior, en el caso concreto del derecho a la propia imagen emerge el interrogante no menor relativo a si también las personas jurídicas y, por ende, en nuestro caso, también las empresas son titulares del derecho a la propia

imagen; y, derivado de lo anterior, cómo se resuelve un posible conflicto entre el ejercicio del mismo derecho por parte de sujetos con intereses opuestos: imagen del trabajador versus imagen de la empresa. El asunto se presenta de una trascendencia central, dado que el principal argumento aducido por el empleador para exigir una determinada indumentaria o apariencia a sus trabajadores, en especial a las mujeres, sobre todo se cifra en que su presencia son la expresión por excelencia de la imagen de la empresa que se desea ofrecer al mercado de bienes y servicios y, por tanto, a la postre, la imagen del trabajador transmite al exterior la propia imagen de la empresa.

Una vez más, nos encontramos ante un asunto inicialmente no resuelto ni legal ni jurisprudencialmente. Legalmente no resuelto porque, aunque la Ley Orgánica de desarrollo del art. 18 CE se refiere en exclusiva a las personas físicas como manifestación de un derecho del individuo, es una norma una vez más en clave civilista y no laboral, aparte de que podría haber realizado una lectura reduccionista del texto constitucional no acorde con el respeto al contenido esencial de este derecho. Jurisprudencialmente no resuelto porque no existe jurisprudencia constitucional ni del Tribunal Supremo que aborde esta cuestión. En particular, habiéndose enfocado el asunto sólo desde la vertiente “negativa” del derecho, el control de su utilización externa, resulta prácticamente imposible imaginar una lesión desde esta vertiente “negativa” que pueda llegar a afectar a personas jurídicas. Es cierto que algunas sentencias de uno u otro modo toman nota de la consideración de la imagen de la empresa como justificante de la actuación del empleador en el ejercicio de sus poderes organizativos en este terreno, si bien no llegan a ponderar el valor jurídico de los intereses empresariales en juego; en particular, ninguno de ellos llega a referir tal interés empresarial con el reconocimiento de este concreto derecho fundamental.

Al propio tiempo, esta cuestión presentaría un nuevo enfoque singular, diferenciado al habitual respecto del ejercicio del resto de los derechos fundamentales en lo laboral. En efecto, mientras que para la generalidad de los derechos fundamentales sus condicionamientos o límites provendría de su integración sistemática en conexión con la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE), aquí además nos enfrentaríamos a una tutela

constitucional adicional, derivada del reconocimiento a la empresa del derecho a la propia imagen (art. 18 CE). Algunos han solventado con simplicidad esta cuestión, afirmando que al fin y al cabo, también el derecho a la propia imagen de la empresa se reconduce a la propia libertad de empresa y que, por tanto, sólo ha de enfocarse desde la perspectiva de la posible afectación de la libertad tutelada por el art. 38 CE. Sin dejar de ser ello parcialmente cierto, tal consideración no da cumplida respuesta al interrogante planteado, pues el expreso reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen (art. 18 CE) obliga a dar respuesta a la pregunta formulada, especialmente cuando el derecho a la propia imagen se integra dentro de la relación de derechos de protección más intensa en el texto constitucional, a la luz de su consideración como derecho fundamental y libertad pública dentro de la sección segunda, al mismo tiempo que su reconocimiento igualmente a la empresa lo pondría en contraste con el correlativo derecho del trabajador.

A estos efectos, cabría aducir que la empresa en el sentido conceptual del término es exclusivamente una organización y no propiamente una persona jurídica, de modo que en su caso quien gozaría del derecho a la propia imagen sería la sociedad mercantil titular de la organización, pero no la organización misma. A nuestro juicio, sin embargo, tal consideración se presentaría formalista en exceso, no haría sino trasladar el interrogante hacia la sociedad mercantil titular de la empresa.

Más aún, de ser ello así, tampoco soslayaríamos el interrogante cuando el titular de la empresa no es una persona jurídica sino una persona física. En efecto, el dilema no dejaría de suscitarse en aquellas situaciones, no menores, en las que el empleador fuese una persona física y, por tanto, de manera indiscutible tendríamos que reconocerle al mismo el mencionado derecho a la propia imagen. A tenor de esto último, el resultado no podría ser menos convincente en la práctica y de escaso sentido común, entendiéndose que la tutela de la imagen empresarial pudiera resultar diferenciada según que su titular fuese o no una persona física.

En esta materia, me parece decisiva la jurisprudencia constitucional que ha venido a reconocer también a las personas jurídicas tanto el derecho al honor como más ampliamente otra serie de derechos fundamentales. Es cierto que se trata de una jurisprudencia

dencia que ha ido evolucionando y, sobre todo, que no establece un criterio universal extensible a todos los derechos fundamentales ni parece llevarlo a cabo de manera plena sino instrumental o sobre la base de una lectura finalista (12). En una primera fase el Tribunal hizo una lectura de vinculación del derecho al honor con el desarrollo de la personalidad que conducía a entender que se trataba de un derecho cuya titularidad sólo era referible a las personas físicas (13). Más adelante, en una fase intermedia, que se puede considerar de transición, llegó a considerar que procedía reconocer el derecho al honor de las personas físicas que actuaban colectivamente a través de personas jurídicas (14). Finalmente, el Tribunal Constitucional llega a desembocar en un reconocimiento directo tanto del derecho al honor específicamente como de algunos otros, que se vendría a explicitar a través de tres supuestos básicos: primero, cuando el texto constitucional efectúa un reconocimiento explícito o implícito del correspondiente derecho en relación con las personas jurídicas (arts. 16. 22.4, 27 CE); en segundo lugar, el reconocimiento a favor de las personas jurídicas respecto de aquellos derechos fundamentales que sean acordes con los fines para cuya consecución han sido creadas por las personas físicas; en tercer lugar, el reconocimiento igualmente de la titularidad para las personas jurídicas de aquellos derechos fundamentales complementarios para la consecución de sus fines (15).

Pues bien, trasladando los criterios precedentes al supuesto específico del derecho fundamental a la propia imagen, a nuestro juicio, no cabe la menor duda de que el empleador y, por extensión, la empresa, se encontrarían en el tercero de los supuestos, en la medida en que hoy en día nadie pondría en duda que la imagen de la empresa resulta clave para el logro de los fines económicos y productivos a los que se orienta la actividad empresarial. La defensa de la propia imagen empresarial, especialmente en la vertiente positiva de confección de su propia “marca”, resulta clave para la obtención del fin para el que se constituye la empresa

(12) Por todos, T. VIDAL MARÍN, *Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional*, *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, 2007, 1, 397.

(13) STC 107/1988, de 8 de junio (BOE 25 de junio); 51/1989, de 22 de febrero (BOE 14 de marzo); 121/1989, de 3 de julio (BOE 24 de julio).

(14) STC 214/1991, de 11 de noviembre (BOE 17 de diciembre).

(15) STC 139/1995, de 26 de septiembre (BOE 14 de octubre).

y la persona jurídica titular de la misma, no existiendo argumento de contraste que impida engarzar esa noción de imagen empresarial con el derecho fundamental reconocido en el art. 18 CE.

Ahora bien, avanzando en el discurso aplicado a la concreta materia tratada en estos momentos, aquí de nuevo nos enfrentamos a una decisiva especialidad del reconocimiento de este derecho en el ámbito de las relaciones laborales, de evidente superior complejidad, en términos comparativos con lo que sucede en la vertiente civilista del derecho. En efecto, en la perspectiva civilista, se trataría de un reconocimiento de un derecho a las personas jurídicas como mera libertad “*erga omnes*”, que de simple respeto por parte de terceros en el sentido de no ingerencia en su derecho a la propia imagen. Por contraste, en el ámbito de las relaciones laborales, nos encontramos con una perspectiva que va más allá de lo anterior, por un doble motivo. De un lado, porque en lo laboral el reconocimiento no implica una carga de mera abstención de provocar una lesión a la propia imagen empresarial, sino que comporta una capacidad superior de actuación por parte del empleador en el ejercicio de sus poderes organizativos y, como contrapuesto, un deber de adecuación específico de la conducta del trabajador en aras de garantizar y materializar el derecho a la propia imagen de la empresa. De otro lado, cuestión aún más relevante si cabe, porque, a diferencia de lo civil, la garantía del derecho a la propia imagen de la empresa se materializa necesariamente por medio de la restricción del mismo derecho a la propia imagen del trabajador, en la medida en que la “marca” de la empresa se transmite a terceros en estos casos por medio de la indumentaria y la apariencia de sus empleados, especialmente de aquellos que actúen en contacto con clientes y proveedores, muy singularmente de las mujeres en el trabajo a la vista de los estereotipos sociales hoy en día todavía imperantes. En definitiva, para el ejercicio del derecho fundamental a la propia imagen del trabajador resulta decisivo el alcance que le otorguemos al correlativo derecho a la propia imagen de la empresa.

En esta clave el dilema resulta mucho más complejo y delicado, pues no resulta en modo alguno inocuo el reconocimiento empresarial del derecho fundamental desde la perspectiva del trabajador, que indiscutiblemente se ve mermado por el primero.

Ello, a la vista de las conclusiones alcanzadas previamente, no puede suponer una negación del derecho a la propia imagen de la empresa, pero sí una ponderación del mismo en la medida en que necesariamente provoca un perjuicio al paralelo derecho a la propia imagen del trabajador en su vertiente positiva, que de igual modo no puede ser desconocido por el empleador. En definitiva, se trata de un problema de equilibrio de intereses, de ponderación y proporcionalidad de límites mutuos. Eso sí, tomando en consideración el carácter compensador propio del Derecho del Trabajo, con reconocimiento constitucional del mismo a tenor de lo previsto en el art. 9.2 CE y de la doctrina constitucional al efecto, no puede entenderse dicha ponderación y proporcionalidad como simple equidistancia e idéntica limitación del derecho por ambas partes. El principio de adecuación e idoneidad, orienta hacia una necesaria perspectiva de exigir en la medida de lo posible la satisfacción del derecho a la propia imagen de la empresa a través de aquellas fórmulas menos lesivas del derecho a la propia imagen del trabajador. Dicho de otro modo, en esta materia no puede entenderse que el reconocimiento al trabajador sea de igual alcance que el de la empresa, pues el primero conecta con el desarrollo de la personalidad y a su dignidad personal como ciudadano, hecho que no concurre en el caso de la propia imagen de la empresa. En suma, aunque partamos del reconocimiento del derecho a la propia imagen a favor de ambos, es de superior alcance y valor el de titularidad personal del trabajador respecto del correspondiente al empleador, por mucho que el segundo, en ocasiones, sólo sea viable en la medida en que se limite parcialmente el del trabajador.

Esta ausencia de equidistancia en el ejercicio del derecho por parte de uno y otro, así entendida, vendría reforzada aún más si cabe allí donde se introduzca un posible escenario añadido de que la conducta presuntamente lesiva, por añadidura, puede comportar también un tratamiento de discriminación indirecta respecto de la mujer trabajadora. En estos casos, ya no cabe aducir en modo alguno el derecho a la propia imagen de la empresa, pues nos encontraríamos de frente con la lesión a la prohibición constitucional de discriminación por razón de género. Ciertamente, como no podría ser de otro modo, ello no conduce a presumir "*iuris tantum*" que toda diferencia de tratamiento de la mujer respecto de su imagen comporta afectación a la prohibición de discriminación,

pero sí que así será cuando el resultado lesivo derive en una estricta conducta discriminatoria. Lo intentaremos explicar con mayor detalle en el apartado siguiente.

3.3. *La funcionalidad del consentimiento en el ámbito laboral.*

— El tercero de los asuntos de especialidad en lo que afecta a la propia imagen se cifrará en la funcionalidad del consentimiento del interesado respecto a la limitación del derecho. Aquí, una vez más, emerge el singular contexto en el que se desarrollan las relaciones laborales y la tradicional orientación tuitiva del ordenamiento laboral. En efecto, en la lectura civilista del presente derecho fundamental la clave se suele cifrar en el libre consentimiento del interesado en lo que refiere a la captación, reproducción o publicación de la imagen, de modo que la garantía del derecho se remite a asegurar la efectiva prestación del consentimiento; si se quiere dicho en sentido contrario, que el libre consentimiento del interesado en la utilización de la propia imagen agota en sí mismo el derecho y, por ende, el mismo no puede oponerse a los efectos de uso de su imagen derivados del consentimiento prestado.

Como es fácil imaginar, lo anterior no basta en materia laboral, a tenor del condicionamiento material que experimenta la voluntad del trabajador en la aceptación de restricciones a su derecho. En esta vertiente de lo laboral ya no sólo está en juego la decisiva prohibición de disposición de derechos laborales reconocidos legalmente al trabajador (art. 3.5 ET), sino su garantía constitucional cuando tales derechos tienen rango de fundamentales y libertades públicas, en la medida en que se encuentran acogidos a la garantía de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales; irrenunciabilidad de derechos fundamentales en esta materia que presenta un alcance superior en el caso del derecho a la propia imagen en la esfera laboral comparativamente a la que se presenta en la perspectiva civilista. En lo laboral, pues, no basta con que el trabajador a través del contrato de trabajo haya aceptado la utilización de su imagen a efectos laborales o se haya comprometido a aceptar determinados condicionamientos de indumentaria y apariencia en el seno de la empresa, como en cierto modo se aprecia se limitan a

contemplar ciertas resoluciones judiciales (16). Por contra, en el análisis de la cuestión desde la perspectiva laboral resulta obligado acudir a una ponderación de fondo, en el sentido de comprobar hasta qué punto concurren circunstancias objetivas, de idoneidad y proporcionalidad que justifiquen la limitación pactada.

En la misma clave, aunque no se pueda colocar en el mismo nivel de afectación, también resulta obligado preguntarse por el alcance que en esta materia pueden tener los pactos que puedan alcanzarse a través de la negociación colectiva. Ciertamente no cabe establecer idénticas desconfianzas de lo pactado individualmente que a lo negociado colectivamente, a la vista de que las posiciones de equilibrio de las partes son cualitativamente bien diferentes. Eso sí, lo que tampoco cabe, como se advierte en algunas sentencias es aceptar la imperatividad de lo pactado en convenio colectivo y la superación de cualquier tipo de sospecha de lesión al derecho fundamental a la propia imagen por el mero hecho de que el protocolo de actuación en materia de indumentaria y apariencia se encuentre incorporado al clausulado del convenio colectivo. Ciertamente que el Tribunal Constitucional ha aceptado que el convenio colectivo es un instrumento idóneo para regular las peculiaridades de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, constituyendo por añadidura en algunas hipótesis un instrumento de enorme valor positivo a efectos de proporcionar seguridad jurídica a las partes respecto de las conductas lícitas e ilícitas a adoptar al efecto; baste con citar en esta línea, a nuestro juicio no sin incurrir en ciertos excesos por parte de nuestro alto Tribunal, cuando otorga un valor decisivo al reconocimiento en convenio colectivo de la posibilidad de prohibir el uso privado del correo electrónico de la empresa y las facultades disciplinarias al efecto por parte del empleador (17).

No obstante, ello no puede desembocar en lo que en ocasiones concluye nuestra jurisprudencia: a la vista de la complejidad de la materia de fondo, eludir entrar en esa perspectiva bajo la simple excusa formal de que se ha pactado en esos términos vía convenio colectivo, de lo que deriva una decisiva presunción de corrección

(16) Por todas, SSTSJ, Valencia, 29 mayo 1996, AS 1615; Cataluña, 13 octubre 1999, AS 3345; Cataluña, 23 julio 2008, AS 2096.

(17) STC 170/2013, de 7 de octubre (BOE 7 de noviembre).

legal de los límites allí establecidos al derecho a la propia imagen. A tal efecto, debe llamarse la atención sobre el dato nada anecdótico de que en la práctica cuando se recogen este tipo de pactos en los convenios colectivos, a través de los mismos se incorporan unos protocolos de actuación de tal minuciosidad en su concreción y con un enfoque esencialmente de atención exclusiva a la propia imagen de la empresa, que permiten una fundada sospecha de tratarse de un documento redactado unilateralmente a todos los efectos por la dirección de la empresa, que ponen a la mera firma de la representación social en la mesa de negociación colectiva, sin que se haya producido una auténtica negociación en esta materia.

Un derecho personalísimo como es éste debe analizarse con toda la complejidad que el mismo incorpora, de modo que no basta con engancharse al dato formal de lo previsto en convenio colectivo. En definitiva, también a estos efectos es obligado entrar en un análisis material de fondo, para comprobar la objetividad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, más allá de lo establecido con todo detalle en el convenio colectivo.

4. La especial dificultad de la vertiente positiva de la propia imagen en la diferencia por sexo.

4.1. Diferencia de tratamiento genérica y juego de presunciones.

— A partir de las consideraciones precedentes, cabe realizar las consideraciones pertinentes de conexión entre el derecho a la propia imagen en su vertiente “positiva” y la posible lesión a la prohibición de discriminación por razón de género, especialmente en relación con aquellas conductas que imponiendo condicionantes o límites en la indumentaria y apariencia de la mujer trabajadora esconden una discriminación indirecta en razón precisamente de su condición de mujer. No al caso nos centramos en estas situaciones vinculadas a la mujer, por cuanto que no es nada casual que el número de supuestos de diferenciación de tratamiento entre hombres y mujeres suele ser bastante abundante, al menos así se deduce del significativo número de sentencias que se enfrentan a posibles discriminaciones de género en este tipo de aspectos.

Por añadidura, la detección de la discriminación en estos casos puede resultar especialmente compleja, en la medida en que no sólo se trata de sacar a la luz una discriminación indirecta que por

propia definición tiende a presentarse oculta, sino además por cuanto que en la apariencia de la mujer siempre concurre una diferencia de partida.

En efecto, y por obvio que resulte, no está de más comenzar teniendo en cuenta que precisamente una de las diferencias más extendidas y destacadas entre hombres y mujeres reside en que unos y otros tanto por razones físicas como por motivos culturales de manera generalizada tienden a vestir de manera diferente, portan elementos de adorno diversos y por propia voluntad tienden a elegir una apariencia que los distinga a primera vista en atención a su sexo. Dicho de otro modo, la diferencia de presentación de la propia imagen en atención a su respectivo sexo viene a representar en esta materia el primer rasgo definitorio de su personalidad y, por ende, la premisa no puede ser otra que la diversidad en la imagen, más o menos acentuada entre hombres y mujeres como presupuesto inexcusable del derecho a la propia imagen. A partir de tal constatación, la primera consecuencia es que el empresario está obligado a tratar de manera diferenciada a hombres y mujeres, sin poder exigir de principio una misma indumentaria y apariencia a hombres y mujeres, pues ello sería contrario a la propia imagen y, por paradójico que ello pueda parecer, comportaría un tratamiento discriminatorio tratarlos a ambos exactamente igual. Así, como regla general, podría resultar discriminatorio, exigir a las mujeres el uso de pantalón porque con ello se les pide lo mismo que a los hombres, o prohibir a las mujeres el uso de maquillaje porque igualmente se les prohíbe a los hombres.

Más aún, partiéndose de la constatación de las diferencias físicas y culturales que determinan una diversidad de imagen de hombres y mujeres, ahora en positivo, de principio tampoco habría por qué presumir como discriminatorias aquellas directrices empresariales conforme a las cuáles se contempla una diferencia de tratamiento entre hombres y mujeres. Así, aunque traigamos a colación un ejemplo algo de laboratorio hoy en día, sería perfectamente comprensible que el empresario prohíba a los hombres el uso de falda (naturalmente, dejando de lado el problema que ciertamente emergerá más temprano que tarde del derecho a la propia imagen por parte de los transexuales), al tiempo que le permite a la mujer usarlas. El problema no es que se permita una diferencia

de imagen entre hombres y mujeres, incluso que se imponga la misma, sino que dicha imposición carezca de la justificación suficiente y, por ende, haya de ser tachada como discriminatoria: o bien, del mismo modo pero a la inversa, que se prohíba a las mujeres algo que se permite a los hombres sin que concurran causas justificativas.

4.2. *El principio general y las excepciones: presunción y carga probatoria.* — Partiendo de la premisa precedente relativa a la aplicación de la doctrina general sobre derechos fundamentales y discriminación indirecta, obligado resulta establecer la conexión de esta materia con el juego de los poderes organizativos del empleador, a los efectos de determinar cuál debe ser el principio general de partida en la comprobación de este binomio de influencia mutua. A tal efecto, sorprende de manera intensa la actitud simplificadora de ciertas sentencias, que a los efectos una vez más de abordar la manifiesta complejidad de la materia, eluden el análisis de la cuestión de fondo, sobre un presupuesto ciertamente discutible. Me refiero en concreto a la afirmación de partida de un importante número de sentencias conforme a las cuales la determinación de las reglas de conducta de los empleados respecto a su indumentaria y apariencia se inserta dentro de la esfera ordinaria y cotidiana del ejercicio de los poderes organizativos del empleador, de lo que deducen como conclusión general que la empresa ostenta la facultad indiscutida de imponer la uniformidad a los trabajadores y, más aún, de imponer aquella uniformidad que resulte más favorable a la atención a los intereses de la empresa en aras de satisfacer su voluntad de transmitir una determinada identidad de la empresa frente a clientes y proveedores.

A nuestro juicio, por el contrario, teniendo presente que nos enfrentamos a la posible afectación de un derecho fundamental, como es la propia imagen en su vertiente “positiva”, la regla general de partida debe ser la inversa. Como manifiesta con carácter general la jurisprudencia constitucional, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en el ejercicio de los derechos fundamentales solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la

actividad productiva (18). Sin desconocer el interés objetivo que pueda existir para la empresa, la presunción es que la uniformidad afecta necesariamente a la propia imagen del trabajador y, por tanto, sólo sería admisible la imposición de la uniformidad en aquellos supuestos en los que concurra una demostrada y fundada causa justificativa de exigencia de la misma. Es cierto que en muchas actividades y profesiones tiene plena lógica la imposición de la uniformidad, pero ello no debe conducir a establecer un principio universal consistente en que el empleador siempre y respecto de todos sus empleados puede imponer la presencia de una uniformidad. Por el contrario, a tenor de la evolución de esta materia y de los valores jurídicos y culturales imperantes, el principio debe ser el inverso: no es exigible una uniformidad y cuando esta se imponga debe justificarse la misma, por sencilla que esta pueda resultar de justificar en muchas ocasiones. El resultado, por ende, no puede ser otro que concluir que, siendo ese el punto de partida, el control judicial tiene que entrar necesariamente a analizar la motivación de la exigencia y no presumir de partida su licitud.

Más aún, en ocasiones la actitud inversa por parte de ciertas sentencias suele ser la de añadir que es práctica social la exigencia de uniformidad y, por tanto, es al trabajador a quien corresponde justificar la excepción de la no imposición de la misma. Una vez más debe recordarse que nos enfrentamos a una posible limitación indebida de un derecho fundamental y, como tal, no cabe sino exigir a la empresa que demuestre la justificación de la exigencia de la uniformidad.

Avanzando en la demostración exigible, mucho más incisiva debe ser la exigencia de justificación allí donde el criterio empresarial sea el de exigir la uniformidad a las mujeres, dejando plena libertad de elección a los hombres. Aquí sí que emerge un supuesto bastante palmario de *fumus* discriminatorio, de modo que sólo en situaciones excepcionales cabría justificar esa diferencia de trato entre hombres y mujeres. Dicho de otro modo, cuando se verificase tal diferencia de tratamiento concurriría una fuerte presunción de

(18) Por todas SSTC 6/1982, de 21 de enero; 106/1996, de 12 de junio; 204/1997, de 25 de noviembre; 1/1998, de 12 de enero; 90/1999, de 26 de mayo; 98/2000, de 10 de abril; 80/2001, de 26 de marzo.

tratamiento discriminatorio muy difícilmente justificable por razones objetivas. Si la empresa requiere transmitir una identidad o una específica imagen frente a terceros por medio de la indumentaria y apariencia de sus empleados, carece de todo sentido que esa transmisión se realice exclusivamente respecto de las mujeres, quedando al margen los hombres. Pudiera, eso sí, establecerse diferencias en exigir o no la uniformidad, respecto del personal que se relaciona con el público, pero obviamente de manera indiferenciada respecto de hombre y mujeres; de resultar que la empresa pone al frente de la atención al cliente en directo exclusivamente a mujeres, habría otra presunción de discriminación indirecta a estos efectos. En definitiva, aquí lo que procede es aplicar la jurisprudencia sobre la carga probatoria en materia de discriminación por razón de sexo, de su inversión apenas se aporten los elementos indiciarios mínimos de sospecha de tratamiento diferenciado injustificado.

La misma valoración ha de realizarse respecto de aquellas directrices empresariales en las que, sin imponer una determinada uniformidad, se establecen cierto tipo de prohibiciones respecto de la indumentaria o apariencia, cuando se dirigen tales prohibiciones exclusivamente respecto de las mujeres, con paralela ausencia de indicaciones de tipo alguno en relación con los hombres. Podría pensarse que la amplia variedad de vestuario y elementos complementarios de las mujeres, frente a una tendencia a una mayor homogeneidad en el hombre, podría justificar tal tipo de diferencias de tratamiento. Sin embargo, a nuestro juicio, ello comportaría un prejuicio de principio que sería necesario confirmar en la práctica y, por ello, la exclusiva dirección de las prohibiciones hacia las mujeres ya de por sí puede resultar indiciaria de un tratamiento discriminatorio que exigiría una justificación y en su caso demostración de contrario, por muy sencillos que puedan resultar en algunas ocasiones.

Más complejas son, sin duda por lo indicado previamente, las situaciones de exigencias de uniformidad a ambos sexos pero con contenidos diferenciados para hombres y mujeres, o bien la prohibición de ciertas indumentarias o apariencias respecto de ambos sexos pero de nuevo con alcance diferenciado para hombres y mujeres. En estos casos resulta más difícil partir de un principio general, y desde luego más débil un intento a secas de presunción

de tratamiento discriminatorio, siendo obligado entrar en la ponderación de fondo. Eso sí, lo que también cabe como regla general en estos otros supuestos es aplicar las reglas comunes sobre carga probatoria ya referidas. En suma, la remisión a la doctrina general sobre la prueba de indicios en materia de discriminación, especialmente de discriminación indirecta.

4.3. *Idoneidad, necesidad y proporcionalidad justificativas de la diferenciación.* — A tales efectos, cabe aplicar en toda su extensión la jurisprudencia relativa a los criterios de necesaria concurrencia para justificar la diferenciación de tratamiento que rompería la aportación de indicios racionales que permitan presumir la concurrencia de una discriminación indirecta por razón de sexo. A tal efecto, recordar cómo la jurisprudencia constitucional entiende que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (19). Si acaso advertir respecto a esto último que en el caso concreto del ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito de las relaciones laborales la ponderación de contraste no tiene que ser necesariamente en relación con los “intereses generales” sino que se refiere realmente a su comparación con los intereses “particulares o privados” empresariales dignos de protección igualmente constitucional.

En nuestro concreto caso, el juicio de idoneidad consistiría en comprobar que con la concreta medida impuesta en materia de indumentaria y/o apariencia de carácter diferenciado se logra el objetivo propuesto de atención a la imagen empresarial. Por su parte el juicio de necesidad supondría constatar hasta qué punto

(19) Por todas, SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero.

no existen medidas de actuación alternativa en la transmisión de la imagen empresarial sin necesidad de invadir el terreno de la a su vez propia imagen de la mujer trabajadora. Finalmente, el dato probablemente más decisivo, el relativo a la proporcionalidad en sentido estricto, comportaría analizar si la intensidad de la restricción al derecho fundamental de la mujer trabajadora se corresponde con los beneficios satisfechos respecto del interés de la empresa.

4.4. *La diferencia de cargas por razón de sexo.* — El caso concreto que estamos analizando, la diferencia de tratamiento entre hombres y mujeres, se trata de una perspectiva que va más allá de los tres criterios precedentes de juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Mejor dicho, se trata de tres criterios que necesariamente se deben aplicar al caso concreto con la perspectiva complementaria de que se verifica una específica diferencia de tratamiento entre hombres y mujeres.

A la vista de que se trata de una perspectiva que apenas ha sido analizada por la jurisprudencia española, consideramos que para afrontarla puede resultar de enorme utilidad y trasladable a nuestro ordenamiento el criterio establecido por los Tribunales norteamericanos sobre la desigualdad de cargas (*inequal burden*). Consiste la misma en entender lícito el tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres en la medida en que el resultado sea de igual onerosidad derivada de los límites o condicionantes impuestos para hombres y mujeres, es decir, si resultan equivalentes las cargas soportadas por unos y otros. Pueden existir, por razones de las características propias de hombres y mujeres, reglas distintas respecto de la vestimenta y de la apariencia, pero las cargas derivadas de ello deben ser las mismas para ambos, pues de lo contrario se ha de presumir la concurrencia de una discriminación por razón de sexo (20). Dicho de otro modo, acudiendo complementariamente al juicio de necesidad, se presume en estos casos que es viable que la empresa para el logro de sus legítimos intereses puede adoptar medidas alternativas que comporten identidad de cargas para hombres y mujeres, de modo que si no lo hace existe

(20) Cfr., con más detalle, CÁMARA BOTÍA, *op. cit.*

una correlativa presunción de que en la diferencia de cargas subyace una discriminación indirecta, como tal vedada constitucionalmente.

La enorme variedad de situaciones que se pueden producir en las empresas y profesiones singulares no permite aplicar como universal y de forma automática dicho criterio de la identidad de cargas, pero sí que estimamos que puede constituir un principio orientativo de primer orden para solventar la mayoría de los casos. No se puede convertir en universal, porque no se puede descartar la hipótesis de demostración de la concurrencia de un juicio de necesidad que comporte cargas más intensas a las mujeres que a los hombres. Por citar un caso muy singular pero fácilmente comprensible, si en un comercio de productos cosméticos femeninos se obliga a las trabajadoras a acudir maquilladas con uso de los productos ofrecidos al público es más que razonable que ello sólo se haga respecto de las mujeres y no respecto de los hombres; eso sí, cuando estén a la venta productos para ambos sexos, resultaría menos justificable que se obligara sólo a las mujeres a su uso. En todo caso, como puede comprobarse del carácter bien singular del ejemplo propuesto, aunque no se trate de un criterio universal, a nuestro juicio sí que puede tomarse en consideración en la generalidad de los casos.

4.5. *Criterios de detección de los estereotipos sexuales.* — Para concluir, resulta obligado entrar en la cuestión relativa a la influencia que en esta materia presentan los estereotipos sexuales, por cuanto que los mismos pueden tener un fuerte impacto en esta materia, determinando con intensidad los protocolos de actuación exigidos por las empresas.

En efecto, en muchas ocasiones con estos tratamientos específicamente dirigidos con exigencias particulares respecto de las mujeres subyacen los valores culturales dominantes en relación con la presencia de la mujer en el trabajo, especialmente con determinadas presencias que se suelen considerar de mayor aprecio por parte de terceros en la atención que se recibe por parte de la empresa. Por tal motivo, viene a ser lugar común por parte de la empresa escudarse a efectos de exigir esas conductas diferenciadas no en sus propias y personales preferencias, sino en las que implícitamente le vienen a exigir sus clientes y proveedores sobre la base

de tales hipotéticos valores culturales dominantes. Y, sin embargo, al final, el sujeto provocador del tratamiento discriminatorio en el trabajo y sobre el que recaen las correspondientes condenas ha de ser necesariamente el empleador, pues es el agente provocador inmediato del trato vejatorio contra la mujer en el trabajo. Sin poder ocultar la concurrencia en ocasiones de valores establecidos en relación con la belleza y presencia diferenciada de la mujer, especialmente en el trabajo, la misma puede derivar de típicos estereotipos sexuales y, como tales, a valorar estrictamente como conductas discriminatorias recaídas en estos concretos supuestos en relación con la libre imagen de la mujer trabajadora.

Enfrentándonos hoy en día a importantes cambios culturales por lo que refiere a la incorporación de la mujer en el trabajo a todos los niveles, obligado resulta ser especialmente rigurosos con todos aquellos supuestos en los que las particulares exigencias de indumentaria y apariencia de la mujer en el trabajo respondan a los usos y costumbres tradicionales y, por decirlo en términos sencillos pero fácilmente comprensibles, de los cánones clásicos de la belleza de la mujer. En ese terreno, esta perspectiva puede resultar complementaria del criterio de la identidad de cargas, al propio tiempo que esta última puede constituir un útil baremo para determinar la posible presencia de los estereotipos sexuales más extendidos.

DIRITTO ALL'IMMAGINE E DISCRIMINAZIONE DELLA LAVORATRICE IN SPAGNA.

Riassunto. — *Il vestiario e le caratteristiche fisiche del lavoratore acquistano un considerevole rilievo sociale e giuridico e, conseguentemente, producono interferenze e conflitti sul piano delle situazioni soggettive, incidendo sui valori ed i beni giuridici tutelati dalla Costituzione spagnola. È un tema che interessa l'affermazione della personalità del cittadino sul posto di lavoro e l'immagine che l'imprenditore vuole fornire della propria organizzazione all'esterno e che finisce per influire sui diritti fondamentali sanciti a livello costituzionale, tra cui il diritto all'immagine, alla dignità, al libero sviluppo della personalità, alla privacy. Riflettere sul diritto all'immagine della lavoratrice risulta ancor più complesso. Alle discriminazioni di genere vanno ad affiancarsi valori sociali e culturali che incidono sugli stereotipi sessuali e le concezioni negative riguardanti il ruolo delle donne nel mercato del lavoro. L'analisi di tale questione vuole spingersi al di là della casistica giurisprudenziale al fine di proporre una costruzione generale sulle peculiarità del diritto all'immagine della lavoratrice in un contesto sostanzialmente diverso dal diritto civile.*

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL TRABAJO EN ESPAÑA. Resumen. —

La presencia de los trabajadores en la empresa, sea a través de su indumentaria o de otros elementos físicos de apariencia personal, adquiere una notable trascendencia social y jurídica, provocando complejos problemas de interferencias y conflictos entre diversos derechos e intereses jurídicos, que llegan a afectar a valores y bienes jurídicos directamente tutelados por la Constitución Española. Nos enfrentamos a discrepancias que no son el resultado de meros caprichos subjetivos de los afectados, pues afectan al desarrollo de la personalidad de los ciudadanos en el trabajo, al mismo tiempos que la imagen que

comercialmente desea transmitir una empresa al exterior se materializa a través de la apariencia e indumentaria de sus propios empleados. Todo ello afecta a garantías jurídicas al más alto nivel en el texto constitucional español como derechos fundamentales, tales como el reconocimiento específico y expreso del derecho a la propia imagen (excepcional respecto a otros textos constitucionales), el derecho a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal, la libertad de expresión, el derecho a la defensa de la productividad empresarial, etc. En particular, la complejidad se agudiza cuando el asunto afecta a las mujeres en el trabajo, en la medida en que por añadidura pueden producirse conductas lesivas contrarias a la prohibición de discriminación por razón de sexo, al mismo tiempo que juegan valores sociales y culturales que inciden sobre estereotipos sexuales de concepciones negativas del rol de la mujer en el trabajo. Toda esta materia se analiza en el presente estudio, intentando ir más allá de un mero elenco de asuntos concretos analizados por los Tribunales de Justicia, procurando una construcción general, que pretende destacar las singularidades cualitativas que se contemplan en el reconocimiento del derecho a la propia imagen de la mujer en el ámbito de las relaciones laborales, que resultan sustancialmente diversas a las que se producen en otros ámbitos de las relaciones sociales, especialmente diversas de las que se producen en el terreno del Derecho civil común.

IMAGE RIGHTS AND DISCRIMINATIONS AGAINST WOMEN IN THE WORK PLACE IN SPAIN. Summary. — *Clothes and the physical characteristics of workers have a significant social and legal importance. As a consequence, they give rise to interference and conflicts in terms of subjective legal positions, affecting values and legal interests protected by the Spanish Constitution.*

This issue concerns the development of the personality of the citizen in the work place and the image that companies want to project externally, and affects constitutional rights, such as the right to one's personal image, dignity, the free development of personality, and the right to privacy. Reflecting on the image rights of female workers is even more complex. Gender discriminations are connected with social and cultural values affecting sexual stereotypes with negative views on the role of women in the labour market. This analysis aims to go beyond case law in order to reconstruct the peculiarities of women's image rights in a context other than civil law, namely, the field of labour relations.