

CONCEPTO DE APARIENCIA EXTERNA: SU CONFIGURACIÓN COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN*

CONCEPT OF EXTERNAL APPEARANCE: ITS CONFIGURATION AS A CAUSE OF DISCRIMINATION

CONCEPT D'APPARENCE EXTÉRIEURE: SA CONFIGURATION COMME CAUSE DE DISCRIMINATION

Emilia CASTELLANO BURGUILLO**

RESUMEN: La protección de la apariencia externa de la persona trabajadora, tanto la física como la llamada estética resulta una cuestión controvertida que ha ido analizándose por nuestros tribunales de justicia, principalmente, caso por caso. Lo que sí es cierto es que no nos encontramos ante una cuestión pacífica en la doctrina y jurisprudencia, hay autores que consideran que el derecho a la propia imagen no incluye lo que, desde un punto de vista estrictamente gramatical o semántico, pudiera parecer: el derecho de cada uno a llevar el aspecto que estime oportuno. Por el contrario, se considera que hay aspectos que pueden limitar este derecho al amparo del ejercicio de la libertad de empresa para organizar los recursos humanos como manifestación del poder de dirección de la persona empleadora.

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación denominado Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico social (Proyecto I+D+i FEDER Andalucía; US: 1264479)

** Desde 1997, la autora del artículo ha compaginado la docencia, la investigación y la gestión universitaria. Con respecto a la primera, se ha impartido clases en grado y postgrado. Doctorado y másteres como Acceso a la Abogacía, Prevención de Riesgos Laborales, Políticas Territoriales de Empleo, Asesoría jurídica de la empresa, etcétera, todas ellas materias vinculadas a la rama del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



Palabras clave: conflicto entre derechos fundamentales y derechos constitucionales no fundamentales.

SUMMARY: The protection of the external appearance of the worker, both physical and so-called aesthetics, is a controversial issue which has been analysed by our courts of justice, mainly on a case-by-case basis. What is true is that we are not faced with a peaceful issue in doctrine and jurisprudence, there are authors who consider that the right to one's own image does not include what, from a strictly grammatical or semantic point of view, might seem: the right of each one to bear what he deems appropriate. On the contrary, it is considered that there are aspects that may limit this right under the exercise of the freedom of enterprise to organize human resources as a manifestation of the management power of the employer

Keywords: Conflict between Fundamental Rights and Non-Fundamental Constitutional Rights.

RÉSUMÉ: La protection de l'apparence extérieure du travailleur, à la fois physique et soi-disant esthétique, est une question controversée qui a été analysée par nos tribunaux, principalement au cas par cas. Ce qui est vrai, c'est que nous ne sommes pas confrontés à une question pacifique dans la doctrine et la jurisprudence, il y a des auteurs qui considèrent que le droit à sa propre image n'inclut pas ce qui, d'un point de vue strictement grammatical ou sémantique, peut sembler: le droit de chacun de porter ce qu'il juge approprié. Au contraire, on considère qu'il y a des aspects qui peuvent limiter ce droit en vertu de l'exercice de la liberté d'entreprise d'organiser les ressources humaines comme une manifestation du pouvoir de gestion de l'employeur.

Mots-clés: Conflit entre les droits fondamentaux et les droits constitutionnels non fondamentaux.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Tratamiento a nivel internacional.* III. *Tratamiento a nivel europeo.* IV. *El derecho nacional español.* V. *Tutela del derecho fundamental a la propia imagen.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Definir los elementos esenciales que estarían incluidos en el “concepto de apariencia externa del trabajador/a”, a efectos de delimitarlo como posible causa de discriminación, bien en el acceso al mercado de trabajo o bien durante la relación laboral, o en el momento de extinción de esta, conlleva un ejercicio de análisis en profundidad como mínimo desde la perspectiva constitucional y laboral. En el ámbito concreto de las relaciones laborales, el artículo 5o. del Estatuto de los Trabajadores¹ consagra, por una parte, el deber de la plantilla de observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten, aspecto este último que tiene importancia en esta materia como posteriormente analizaremos, y por otra, el principio de buena fe contractual que nos obliga a respetar los intereses de la contraparte, en la mayor medida posible, pero sin sacrificar por completo los propios intereses. Esta idea llevada a la temática que va a ser tratada en el estudio propuesto supone que respetemos la imagen, la apariencia externa del trabajador/a, pero conciliándolo con los intereses de la parte empresarial, de la parte empleadora; lo que va a significar poner límites a esa apariencia externa y al poder empresarial, desde el momento en el cual la relación laboral no es una relación entre iguales.

En cuanto al concepto de apariencia externa a utilizar, consideramos que debemos centrarnos en un concepto amplio que incluya cualquier aspecto físico o estético. Esta forma de plantear la cuestión está relacionada con la plasticidad de las causas de discriminación previstas en nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de realizar una interpretación amplia de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona que más se aproximen por su contenido y definición a la concreta situación que queremos proteger y garantizar, de manera que siguiendo la teoría de los criterios y principios interpretativos de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, demos respuesta a nuevas realidades que se producen en nuestra sociedad. Es decir, interpretando en sentido amplio el derecho a la propia imagen quizá podamos llegar a proteger otro derecho como la apariencia externa.

Y todo ello, porque el derecho en sentido amplio tiene como misión ordenar las relaciones entre los diversos individuos y en particular el derecho del trabajo, hacerlo para regir los derechos y deberes de la persona empleadora y de la persona a emplear, y en su caso sus representantes legales, pero desde la pers-

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE de 24 de octubre de 2015.

pectiva de la necesidad de adaptarse a las nuevas realidades que se muestran en nuestro mercado de trabajo.²

II. TRATAMIENTO A NIVEL INTERNACIONAL

A nivel internacional debemos partir de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de junio de 1998.³ Esta Declaración compromete a los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías, hayan o no ratificado los convenios pertinentes. Estas categorías de derechos son:

- La libertad de asociación y libertad sindical.
- El reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
- La eliminación del trabajo forzoso y obligatorio, la abolición del trabajo infantil.
- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En esta última categoría se incluirían todas aquellas normas que tengan como finalidad última evitar o resarcir un supuesto de discriminación en el ámbito laboral como es el caso de los supuestos que vamos a analizar en este estudio, y que se refieren a la no contratación o no mantenimiento en el empleo por la apariencia externa del trabajador/a, si es que se puede considerar un supuesto de discriminación.

De los convenios de la OIT que ha ratificado España podemos referir los que se consideran fundamentales en la materia que analizamos. En particular, el convenio sobre discriminación en el empleo y ocupación de 1958 (núm. 111). El artículo 1o. de ese convenio núm. 111, define la discriminación como

² En parecidos términos, se pronuncia Rodríguez Cardo, Iván, *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*. Asturias, Publicaciones del CES de Asturias, Colección de estudios 2009, núm 9, p. 53.

³ Otra normativa internacional importante es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y culturales de 1966; y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

“a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. La letra b) del punto 1 de este artículo se refiere a “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”. Mientras que en la letra a) de ese punto 1 se refiere a aspectos como la raza, el color, el sexo, la religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, algunos de los cuales pueden estar relacionados con el concepto amplio de apariencia externa, como es el caso de la raza, el color, sin embargo, consideramos que existen otros elementos de apariencia externa de un trabajador/a que quedarían fuera de esta previsión legal; de ahí que optemos por apoyar nuestra postura también en la letra b) del punto 1 de este convenio.

Después de la aprobación del Convenio de la OIT núm. 111 en 1958 y de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998, debemos destacar que fue en el trabajo de revisión y mejora permanente que se realiza en el seno de la OIT, se aprueba en el año 2011, en la Conferencia Internacional del Trabajo, 100 reunión, un informe global sobre la declaración de derechos fundamentales antes referida, y en particular sobre la igualdad en el trabajo.⁴ Se señala que es un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. En este informe se pone de manifiesto que las manifestaciones principales de la discriminación tienen relación con aspectos colectivos como:

- Los migrantes.
- Las mujeres.
- Los pobres.
- Los menores de edad.
- La raza, el origen étnico (incluyéndose los casos de los Afrodescendientes, de los naturales de América Latina, de los pueblos indígenas, del pueblo romaní).
- La religión.
- Las ideas políticas.
- El origen social, el hecho de pertenecer a alguna casta determinada.

⁴ Informe del director general Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. 2 de marzo de 2021, disponible en: https://www.ilo.org/declaration/info/publications/eliminationofdiscrimination/WCMS_166923/lang-es/index.htm.

- La enfermedad como ocurre con los serológicos.
- La discapacidad cuando se considera diferente a la enfermedad.
- La edad.
- La orientación sexual.
- Los factores genéticos.
- Y encontramos causas más cercanas a nuestro estudio, como el estilo de vida.
- El exceso de peso.
- La estatura.
- La condición de fumador.

En este amplio listado sería deseable que se incluyeran otros aspectos personales y estéticos, tanto de hombres como de mujeres, como la forma de llevar el cabello, tener o no barba, la vestimenta, el uso de símbolos, complementos de bisutería, etcétera.

La doctrina ha distinguido entre apariencia física y apariencia estética en esta materia. La apariencia estética entraría en el campo de elección de la persona que decide que sea de una determinada forma, mientras que la apariencia física no es elegida, la heredamos genéticamente.⁵

De acuerdo con esta definición, en la apariencia física no podemos en principio incidir, ni empleados ni empleadores, salvo intervenciones quirúrgicas cuando sea posible, pues es la apariencia con la cual nacemos o la que se desarrolla a medida que vamos creciendo, ser alto o bajo, ser más bello o menos, tener determinados rasgos en el rostro, etcétera. Sin embargo, en la apariencia estética sí podemos influir al ser aspectos que voluntariamente decidimos tener o no, aparentar o no, y que incluso son modificables a lo largo de nuestra vida.

Parecería, por tanto, que sólo respecto de esa apariencia estética, la parte empleadora podría tomar decisiones respecto de contratar o no una persona o mantenerla en el empleo, con los límites que luego analizaremos, no siendo ello posible respecto de la apariencia física que sería causa justificativa para construir una discriminación no amparada en ninguna causa legal, aunque esto también lo matizaremos posteriormente a la luz de la jurisprudencia nacional. Lo que suele ocurrir cuando existe falta de una legislación específica en un caso como la materia concreta que queremos proteger, es que nos vemos obligados a acudir a otra

⁵ Rodríguez Cardo, Iván, *op. cit.*, p. 84. También puede consultarse Serra Callejo, Javier, “La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas”, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, Madrid, 1993, núm. 127, pp. 96 y ss.

causa de discriminación en busca de tutela, causa regulada legalmente que nos sirva de amparo al respecto, es el caso del derecho a la propia imagen que vamos a analizar en profundidad en el presente estudio, como derecho que pudiera amparar la apariencia de las personas trabajadoras.

III. TRATAMIENTO A NIVEL EUROPEO

A nivel europeo y comenzando por el derecho originario de la Unión Europea (en adelante UE), hay que destacar que el artículo 2o. del Tratado de Funcionamiento de la UE⁶ prevé que “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad”.

El artículo 10 de este mismo tratado señala que “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Como podemos comprobar, la apariencia externa (ya sea física o estética) del trabajador/a no se contempla entre las causas que pueden dar lugar a situaciones de discriminación. Y en el caso de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2016)⁷, su Título III (artículos 20 a 26) contempla igualmente el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato, al declarar que

Descendiendo al ámbito del Derecho Derivado de la UE encontramos varias normas de interés, aunque nos centraremos sólo en dos directivas (y sin mencionar todo el elenco de normas sobre igualdad entre mujeres y hombres):

- Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.⁸
- Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.⁹

⁶ Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones Anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. BOE de 30 de marzo de 2010.

⁷ DOCE núm. 202 del 7 de junio de 2016.

⁸ DOCE núm. 180 del 19 de julio de 2000.

⁹ DOCE núm. 303 del 2 de diciembre de 2000.

Si tenemos en cuenta la primera de las directivas citadas, los aspectos que protege también forman parte de la apariencia externa de una persona, los rasgos físicos, de terminadas etnias o procedencia nacional, como el color de la piel, los rasgos indígenas, la altura de los nacionales de ciertos países, etcétera, marcan o pueden hacerlo los rasgos de apariencia de una persona.

En cuanto a la Directiva 2000/78/CE, señalamos que en sus considerandos iniciales proclama que el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de trato para todos y contribuyen decididamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal (considerando noveno).

También en esta norma se indica que la apreciación de los hechos de los que puede resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales y otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales (considerando decimoquinto).

En el ámbito del empleo, las posibles discriminaciones pueden revestir numerosas formas. Por ejemplo, por el color de la piel, las personas de ascendencia africana ven una “disociación especialmente marcada entre la calidad de su empleo y su nivel de educación, que se manifiesta en una tasa de trabajo peor remunerado entre las personas con un título superior en comparación con la población en general”.¹⁰

Hay datos obtenidos de la investigación de que a los candidatos que se identifican abiertamente como musulmanes en sus currículos, los convocan a menos entrevistas de trabajo en comparación con candidatos igualmente cualificados con un *curriculum vitae* sin connotaciones religiosas.¹¹ También hay una tasa mucho mayor de jóvenes de origen norteafricano, de ascendencia africana o de comunidades gitanas¹² que no trabajan, ni estudian ni reciben formación, en

¹⁰ Documento COM (2020) 565 final de 18 de septiembre de 2020, p. 12 y Being Black in the EU | European Union Agency for Fundamental Rights (europa.eu), 2 de marzo de 2021, disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/being-black-eu>.

¹¹ Documento COM (2020) 565 final de 18 de septiembre de 2020, p. 12. Véase también el proyecto de investigación Horizonte 2020 sobre crecimiento, igualdad de oportunidades, migración y mercados (GEMM), disponible en: <http://gemm2020.eu/>.

¹² Sobre esta materia pueden consultarse otros documentos como: Documento COM (2020) 620 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Una Unión de la Igualdad: Marco estratégico de la UE para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos, de 7 de octubre de 2020. Este documento tiene dos anexos. Documento COM (2020) 406 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe sobre la apli-

comparación con la población general.¹³ Además, en todos estos casos tenemos en común que el valor de una persona se ve socavado por estereotipos basados en prejuicios.¹⁴

1. *Estereotipos y prejuicios, dos conceptos enemigos de la igualdad*

Un grupo especial también lo constituyen las personas pertenecientes a la comunidad de lesbianas y gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (en adelante LGBTIQ)¹⁵ no por el hecho en sí mismo de su orientación sexual, sino por los símbolos, vestimenta, etcétera, que puedan mostrar, que forman parte de su identidad pero que les puede identificar como perteneciente a este grupo y eso puede generar de nuevo prejuicios en la parte empleadora. Por último, decir en este epígrafe que la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) tiene un papel muy importante en toda esta materia que estamos analizando,¹⁶ principalmente por el asesoramiento que pueden brindar en la interpretación de los derechos fundamentales, tanto a instituciones europeas como a los gobiernos nacionales.

IV. EL DERECHO NACIONAL ESPAÑOL

Nuestra norma suprema en el artículo 18 consagra el derecho constitucional a la propia imagen, en concreto señala que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Consideramos que estamos ante un derecho de la personalidad que permitiría a sus titulares disponer de la forma en que se presenta esa imagen, es decir, su aspecto físico o apariencia, y que puede configurarse de forma independiente respecto de derecho al

cación de las estrategias nacionales de integración de los gitanos, año 2019; de 5 de septiembre de 2019.

¹³ Being Black in the EU | European Union Agency for Fundamental Rights (europa.eu), disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/being-black-eu>.

¹⁴ Documento COM (2020) 565 final de 18 de septiembre de 2020, p. 2.

¹⁵ Sobre este aspecto puede consultarse el Documento COM (2020) 698 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025, de 12 de noviembre de 2020.

¹⁶ Informe sobre los Derechos Fundamentales 2020. 3 de marzo de 2021, disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-fundamental-rights-report-2020-opinions_es.pdf.

honor o la intimidación personal.¹⁷ Como ha señalado algún autor¹⁸ “las normas constitucionales... resultan en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas”, es esta elasticidad del derecho lo que pretendemos analizar en el presente estudio, precisamente porque su amplia interpretación puede amparar el derecho de los trabajadores/as a no ser discriminados por su apariencia física o estética. Este derecho constitucional y fundamental debe ponerse en relación con el derecho a la igualdad de trato consagrado en el artículo 14 de la misma norma. Estos derechos amparan al potencial trabajador/a al inicio de la relación laboral, cuando se está realizando la selección de personal, durante la relación laboral y al final de esta.¹⁹

Se trata de una interpretación que avala el propio Tribunal Constitucional que ha subrayado una y otra vez este carácter abierto de la Constitución.²⁰ A pesar de lo anterior, no podemos negar la dificultad de una interpretación de la Constitución que incluya todos los aspectos de la apariencia externa de una persona como elementos del derecho a la propia imagen (física y estética). Para interpretar nuestra norma suprema podemos seguir los criterios de la interpretación literal, o bien completar esta con la llamada interpretación sistemática, la histórica y la teleológica o finalista (artículo 3o. del Código Civil). Desde luego, la interpretación gramatical o literal de cualquier precepto jurídico resulta imprescindible, pero no es suficiente. Esta labor interpretativa además va a depender de si estamos ante la parte orgánica de la Constitución, la relativa a órganos e instituciones del Estado, o si estamos ante su parte dogmática, es decir, la relativa a derechos fundamentales y libertades públicas.²¹ La interpretación

¹⁷ Doctrina reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias entre las que puede citarse, a modo de ejemplo, la STS, 1ª, 19.07.2004 (Ar. 5462). También puede consultarse De las Hervas Vives, Luis, “El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal”, *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, febrero de 2018.

¹⁸ Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, citando la obra de Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente del Derecho”, en el artículo titulado “La interpretación de la Constitución”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Aranzadi, núm.169, 2014, p. 1.

¹⁹ Sobre esta materia puede consultarse Montoya Melgar, Alfredo, “Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, núm. 75, pp. 163-166; Agra Viforcós, Beatriz, “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, Madrid, 2006, núm. 275, pp. 3-54.

²⁰ Por citar de las primeras sentencias emitidas en este sentido destacar las STC 11/81, FJ 7, STC 194/1989, FJ 2, entre otras.

²¹ Así lo pone de manifiesto Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

sistemática consiste en decidir el significado de una disposición a la luz de otras disposiciones previamente interpretadas. Siempre siguiendo además criterios de ponderación de derechos y el principio de proporcionalidad, como ocurre en este caso con el derecho o libertad de empresa (artículo 38 CE) y el derecho a la propia imagen (artículo 18 CE). Esto último supone que se valoren los derechos en conflicto, se establezca el valor que debería darse a cada uno de ellos, y se aplique en consecuencia el que más valor tenga o se le otorgue, sin que el otro pueda ser derogado o invalidado totalmente. Por tanto, en el caso que analizamos debemos poner en valor el derecho de la organización a establecer su política de recursos humanos determinada frente al derecho de las posibles personas empleadas a tener una determinada imagen que no coincida con lo descrito en esa política de recursos humanos.²²

Como hemos indicado, el artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa, lo que llevado al ámbito jurídico laboral significa tener poderes de organización y dirección que incluyen, entre otros aspectos, decidir cómo será el sistema de acceso a la organización, el sistema de selección de personal,²³ sujetándose en

²² El Tribunal Constitucional ha indicado que la empresa no es un territorio inmune a los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores. Según la STC 88/1985, de 19 julio, las organizaciones empresariales no forman “mundos separados y estancos del resto de la sociedad”; “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”; asimismo, la libertad de empresa no legitima el que los trabajadores “deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas”; en fin, “las manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza”. En la sentencia 129/1989, de 17 de julio, el Tribunal Constitucional ha destacado, asimismo, que la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, por la desigual distribución, en el seno de este, de poder social entre el empresario y el trabajador. Reiteran la misma doctrina, entre otras, las SSTC 4/1996, de 16 de enero (fund. jur. 4º); 106/1996, de 12 de junio (fund. jur. 5º); 204/1997, de 25 de noviembre (fund. jur. 2º); 197/1998, de 13 de octubre (fund. jur. 2º); 80/2001, de 26 de marzo (fund. jur. 3º) y 20/2002, de 28 de enero (fund. jur. 4º).

²³ “La libertad empresarial de elección de trabajadores puede así verse limitada por lo dispuesto en los convenios colectivos cuando éstos exijan para contratar la utilización de determinadas técnicas de selección, la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos designados para valorar las condiciones de los aspirantes o cualquier otra cláusula de alcance similar que obligue a los empresarios a cumplir determinados requisitos antes de proceder a la incorporación de nuevos trabajadores”. Aguilera Izquierdo, Raquel, “El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, 2003, núm. 1.

todo caso a lo que estuviera previsto en la negociación colectiva aplicable,²⁴ con el límite del respeto a los derechos fundamentales de los aspirantes.²⁵ Este es el primer momento en el cual la apariencia externa del candidato/a puede ser rechazada por el empleador/a, y ello porque las técnicas de selección de personal permiten conocer como es lógico este aspecto. En el caso de que la selección se realice mediante entrevistas ya sean individuales o grupales,²⁶ a través de la conversación que se entabla se pueden llegar a conocer aspectos privados o íntimos de las personas candidatas.²⁷ Llegando incluso a considerarse que el candidato/a puede omitir o falsear datos,²⁸ lo que no es posible en todo lo relacionado con su apariencia externa, aunque lo que sí es cierto es que esta puede variar entre el día de la entrevista y una vez que la persona haya sido contratada.²⁹ También resulta habitual comprobar las redes sociales de los candidatos/as que pueden parecer más idóneos, ya que no dejan de ser una carta de presentación de estos

²⁴ Así lo señala también Montoya Melgar, Alfredo, “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2000, núm. 23, p. 31.

²⁵ Sobre los límites derivados de la prohibición de discriminación y el respeto al derecho a la intimidad de los candidatos ver, Cámara Botía, Alberto, “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, núm. 33, 2001; Goñi Sein, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988; Sala Franco, Tomás, *Trabajo y Libertades Públicas*, Madrid, La Ley-Actualidad, El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral dir. Borrajo Dacruz, Efrén, Madrid, 1999; Valdés Dal-Re, Fernando, *Comentarios a las Leyes Laborales*. Madrid. Servicios públicos de empleo y contratación laboral. Tomo IV, dir. Borrajo Dacruz Efrén, Madrid, Edersa, 1983; De Vicente Pachés, Fernando *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, CES, 1998.

²⁶ Leal Millán, Antonio (coord.), *El factor humano en las relaciones laborales. Manual de dirección y gestión*, Madrid, Pirámide, 1999,

²⁷ De Vicente Pachés, Fernando, *op. cit.*

²⁸ Como señala Montoya Melgar, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del Trabajo. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2001, p. 65, la inducción a contratar recurriendo a falsedades u ocultaciones constituirá un vicio en el consentimiento contractual, “salvo casos extremos en que la mentira sea la única forma de preservar la esfera privada del trabajador u otro derecho fundamental en peligro”.

²⁹ Como ha señalado algún autor: “Desde esta perspectiva, la apariencia estética debería ser objeto de tratamiento en la entrevista de trabajo o, en todo caso, en los albores del contrato. Lógicamente, si el trabajador acude a trabajar en ropa informal o con determinado aspecto desde el mismo comienzo de su relación laboral y el empresario muestra tolerancia, un cambio de parecer después de cierto tiempo, cuando se ha creado un determinado contexto de informalidad, requiere una justificación suficiente en la que se motive el porqué del cambio de criterio, en virtud de los principios de buena fe y de respeto a los propios actos”. Gil y Gil, José Luis, *Principio de buena fe y poderes del empresario*, Sevilla, CARL, 2003, pp. 260 y ss.

donde aparecen aspectos que pudieran interesar a la empresa y donde su apariencia externa se muestra normalmente de forma abierta.

Es cierto que la buena fe que debe presidir las relaciones laborales lleva al empresario a respetar los intereses del trabajador, pero sin que por ello renuncie a sus intereses de forma absoluta, puede defender aquellos intereses que sean legítimos por todos los medios lícitos, aunque con limitaciones.³⁰

En esta colisión de derechos que se produce entre la libertad de empresa y el derecho fundamental a la propia imagen, en principio parecería que se debe priorizar al derecho fundamental. Esa prevalencia de los derechos fundamentales, algunos autores la deducen de las intervenciones de nuestro legislador, por ejemplo, mediante la creación de algunas instituciones legales como la figura del despido radicalmente nulo, en los casos de discriminación o atentado a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador,³¹ por ser la mayor sanción o repercusión para la empresa, porque conlleva inevitablemente la readmisión del trabajador/a y el pago de los correspondientes salarios de tramitación, no dándose, por tanto, por concluida la relación laboral.

La cuestión que nos planteamos es hasta dónde se encuentra obligado el empleador/a para el respeto de estos derechos fundamentales, por ejemplo, en el sentido de imponerle una actitud de fomento, desarrollo o facilitación del ejercicio del derecho en cuestión. Nuestro tribunal constitucional ha declarado en este sentido que

la conducta del empresario ha de hallarse presidida por un principio de neutralidad: las actividades productivas no pueden verse alteradas para potenciar, fomentar o facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales. Por sí mismos, los derechos fundamentales no constituyen cláusulas ilimitadas de excepción, que justifiquen el incumplimiento de los deberes asumidos en el contrato de trabajo. La sujeción del empresario a los derechos fundamentales no justifica, por sí sola, un menoscabo de los principios de seguridad jurídica y *pacta sunt servanda*.³²

³⁰ Gil y Gil, José Luis, "El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, núm. 13, 2003, p. 2.

³¹ Así se deduce de la doctrina del TC, en sentencias como las siguientes: STC 38/1981, de 23 de noviembre, STC 197/1998, de 13 de octubre, STC 88/1985, STC 126/1990, STC 6/1995, STC 106/1996, STC 186/1996 y STC 1/1998, en particular respecto del derecho a la propia imagen del artículo 18.1 CE, destaca la STC 99/1994.

³² SSTC 19/1985, de 13 de febrero, y 129/1989, de 17 de julio.

Estas declaraciones supondrían entrar en el examen del gravamen que el empresario/a puede sufrir si la ponderación de derechos se soluciona a favor de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. El perjuicio que sufre la organización podría medirse tanto en términos económicos como no económicos, pero de cualquier forma debe ser un perjuicio real, valorable, que le lleve a proponer a las personas trabajadoras algún tipo de cambio.

Algo que tampoco podemos perder de vista es que la buena marcha del negocio, como fin último que persigue la persona empleadora, porque no sólo redunde en beneficio de la parte empresarial, sino que las personas trabajadoras también pueden conseguir mejores perspectivas en el empleo (por ejemplo, mayor estabilidad, posibilidad de promoción profesional, mejoras salariales, reparto de beneficios, primas de productividad, etcétera).

Si descendemos a los casos concretos en los cuales la apariencia externa del trabajador puede verse afectada por las políticas de recursos humanos de la organización, resulta que debemos partir de la idea de que cualquier persona está facultado para decidir sobre su indumentaria o vestimenta, corte y color de pelo, tatuajes, maquillaje, piercings, etcétera. Estos aspectos como tales, y como ya hemos indicado, no están reconocidos en ningún derecho, pero sí pueden formar parte del derecho fundamental del artículo 18 CE, del artículo 4.2.e) ET, ligados al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE),³³ siempre que los mismos sean interpretados por los operadores jurídicos de forma amplia, de forma plástica, adaptable a la realidad de cada momento.

V. TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIA IMAGEN

El artículo 53 de nuestra norma suprema proclama como medio de protección de estos derechos el recurso de amparo, recurso preferente y sumario. Además de esta previsión debemos tener en cuenta lo que se dice en el orden

³³ Como algún autor ha señalado: “Por consiguiente, resulta palmario que, en ausencia de un propósito de difusión o captación de la imagen, el derecho a la propia imagen del trabajador no se encuentra afectado por las decisiones empresariales relativas a la indumentaria o a la apariencia estética. En estos supuestos entra en juego el derecho a la intimidad, vinculado intensamente a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, que en último término facultan al interesado para adoptar decisiones estéticas en relación con su vestimenta o su persona”. Cordero Saavedra, Luciano, “Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2000, núm. 101, pp. 249-267; Cristóbal Roncero Rosario, “Protección del derecho a la propia imagen en el trabajo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 199, 2017, pp. 75-95.

civil sobre resarcimiento de daños y perjuicios, como otra vía posible de protección. En este sentido, debemos acudir a la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,³⁴ como desarrollo del contenido del artículo 18 CE, a través de la correspondiente Ley Orgánica (artículo 81 CE), frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas, de manera que conforme a su artículo 90.³⁵

la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional... La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

- a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos.
- b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.
- c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.
- d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos...

La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso,...

Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

Esto supone restablecer la forma de prestar el servicio o actividad de la misma manera que se realizaba antes de la intromisión ilegítima en el derecho. Además de todo lo anterior, en el ámbito laboral, en concreto la Ley 36/2011, del 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social,³⁶ en sus artículos 177 a 184 recoge el procedimiento judicial de tutela de los derechos fundamentales

³⁴ BOE de 14 de mayo de 1982.

³⁵ De Verdad y Beamonte, José Ramón, “El derecho a la propia imagen”, en varios autores, *Veinticinco años de la 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*. Pamplona, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 145 y 146; García Ortega, José, “La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales”, en De Verdad Beamonte, José Ramón (coord.), *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*. Asimismo, Cordero Saavedra, Luciano, *op. cit.*

³⁶ BOE 11 de diciembre de 2011.

y libertades públicas. El artículo 177 legitima a los propios trabajadores o a los sindicatos para iniciar la oportuna reclamación judicial pudiendo ser demandados tanto el empresario como cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Se trata de un proceso judicial urgente y preferente. Según el artículo 179.3, la demanda debe expresar claramente:

- Los hechos constitutivos de la vulneración.
- El derecho o libertad infringido.
- Y la cuantía de la indemnización que se solicita con base en la gravedad, duración y consecuencias del daño causado.

Y finalmente el artículo 182 de esta misma norma declara que la sentencia que se dicte estipulará haber lugar o no al amparo judicial solicitado, y en caso de que se estime la demanda, se declarará, según el caso, la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

Asimismo, se podrá declarar la nulidad radical de la actuación del empleador, o sujeto causante del daño, y se ordenará el cese inmediato de la actuación de que se trate, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados. Concluyendo con la indemnización que proceda en los términos señalados en el artículo 183.³⁷

VI. CONCLUSIONES

El repaso de la doctrina y de la jurisprudencia (aunque esto se hará más ampliamente en otro artículo de este mismo número de la revista) muestra que para entender incluidos el concepto de apariencia externa, física y estética, en el derecho fundamental a la propia imagen debemos tener en cuenta varios aspectos:

³⁷ Rodríguez Cardo, Iván, “El resarcimiento de los datos morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Aranzadi, 2014, núm. 169, pp. 1-23.

El hecho de que la persona trabajadora desempeñe sus servicios de cara al público es algo importante, pues al prestar su consentimiento en el contrato de trabajo parece que también consiente en la imagen que se va a mostrar de él.³⁸ En relación con lo anterior, debemos tener en cuenta “la concreta función” que el trabajador/a ha asumido a través del contrato de trabajo, pues esta puede justificar limitaciones a su apariencia externa que estén relacionadas con ese desempeño público de su prestación de servicios.

Si nos referimos a la vestimenta, tenemos que distinguir el uso de un determinado uniforme de trabajo,³⁹ lo que puede ser una exigencia lícita cuando responda a consideraciones de organización, imagen de la empresa ante el público, etcétera; de lo que sería la forma de vestir de la persona trabajadora cuando no se trata de llevar uniforme,⁴⁰ pues las soluciones legales y jurisprudenciales no van a ser las mismas.

³⁸ Rodríguez Cardo, Iván, *op. cit.*, p. 59.

³⁹ El TS en su sentencia del 23 de enero de 2001, se pronunció sobre el uso de uniformes y además de forma diferencial para hombres y mujeres, en relación con la decisión de RENFE sobre la uniformidad del personal del AVE; en concreto, el personal masculino debía usar pantalón y calcetines, mientras que las mujeres debían vestir medias y falda con un largo prefijado (dos centímetros por encima de la rótula). Las trabajadoras alegaban que los usos sociales admiten la utilización indistinta de falda y pantalón por parte de mujeres, de modo que la imagen de la empresa no se veía perjudicada cualquiera que fuese la decisión de las afectadas. Sin embargo, el Alto Tribunal —valorando el compromiso que la empresa había mostrado en el pasado por la consecución efectiva de la igualdad laboral entre ambos sexos— advierte que la tolerancia o aceptación social no es obstáculo para que el empresario pueda imponer a las trabajadoras que prestan servicios de cara al público —dato que la sentencia convierte en decisivo, pues compara la situación con la de otras trabajadoras de RENFE que podían elegir entre falda y pantalón por no prestar servicios en contacto con los clientes— la utilización de falda, porque la decisión empresarial no respondía a una finalidad sexista ni trataba de denigrar al personal femenino, sino que pretendía consolidar una imagen de marca (FJ 4º).

⁴⁰ En la STSJ de Canarias de 20-12-2001, se declara legítimas las reglas de uniformidad impuestas por una empresa dedicada al *handling* en aeropuertos, aun cuando no se referían estrictamente a la vestimenta, sino a otros aspectos de la apariencia estética, configurando requisitos diferentes para hombres y mujeres. En concreto, la empresa había efectuado precisiones sobre *el maquillaje o el peinado*, tales como que «el maquillaje del rostro debe ser discreto, en tonos naturales, el de los ojos es obligatorio en colores que armonicen con el uniforme y el maquillaje de labios es obligatorio llevarlo siempre pintados, con coles brillo o acordes con el uniforme, señalándose igualmente que los peinados permitidos, son pelo corto sin rapados en nuca o patillas, media melena cuya longitud no exceda del cuello, moño no demasiado alto, cola cuya longitud no exceda de los hombros, el flequillo no deberá sobrepasar la altura de las cejas, no permitiéndose peinados ultramodernos. Como se dijo, la obligación de utilizar determinada indumentaria puede venir prevista en el propio convenio colectivo, o incluso en normas de rango superior. Así lo advierte la STSJ de Andalucía/Granada de 13 de noviembre de 2001, que resolvió un supuesto donde

Alguna jurisprudencia ha resaltado el carácter implícito en relación con la apariencia o vestimenta en diversas actividades profesionales (por ejemplo, cargos directivos), considerándose que es de conocimiento común que determinadas actividades laborales requieren una mínima corrección o pulcritud indumentaria conforme a lo que serían las reglas de trato social admitidas, normas de cortesía, que se darían por conocidas y supuestas sin necesidad de pacto expreso, de manera que la persona que acceda a prestar servicios en estas actividades no podría eximirse de esas obligaciones o normas.⁴¹

En ocasiones no estaremos ante restricciones sino ante exigencias de la empresa de mostrar una determinada imagen, como ocurre con tatuajes o piercings, por ejemplo, si se trata de una empresa dedicada a hacer tatuajes o piercings, de manera que el propio trabajador/a sea un muestrario de los aspectos o servicios que se pueden prestar.

los trabajadores comenzaron a acudir a sus respectivos puestos de trabajo con una camiseta que mostraba una reivindicación sindical (en protesta por la privatización de la empresa), y no con la vestimenta exigida por el convenio colectivo, que debía proporcionar, como así lo había hecho, el empleador. Ante la amenaza expresa de sanción si no desistían de su conducta —que no puede calificarse como extralaboral, ni como contenido de la esfera personal—, el sindicato reclamó frente a la orden empresarial que impedía llevar las camisetas reivindicativas y exigía acudir al puesto con la ropa de trabajo proporcionada por la empresa, pero el tribunal desestimó la pretensión. En efecto, la sentencia advierte que la obligación de utilizar una determinada vestimenta derivaba del convenio colectivo, firmado por el sindicato actor, lo que le obliga a una mayor diligencia en el cumplimiento. En consecuencia, la decisión empresarial estaba amparada por el contenido del pacto, y no vulneraba ni la libertad de expresión ni la libertad sindical, en la medida que la ropa de trabajo no incluía consignas o anagramas empresariales que pudieran estimarse lesivos de las pretensiones sindicales.

⁴¹ STSJ de Madrid del 5 de noviembre de 2007. En concreto, un comercial de un concesionario de automóviles acudía a su puesto en ocasiones con indumentaria informal, como una camiseta deportiva, con número de dorsal, pantalones vaqueros y zapatillas de deportes. Tras dos sanciones anteriores por el mismo motivo, sin que el trabajador rectificase su conducta, la empresa —que aducía que la actitud del actor respondía a la negativa del empleador a pactar una extinción fraudulenta con el propósito de que el trabajador pudiera acceder a la protección por desempleo e incorporarse a una empresa familiar— procedió a su despido. El comercial, en su demanda, tachaba de ilícita la decisión empresarial por distintos motivos, y en particular, porque ni el convenio colectivo ni el contrato —ni tampoco una norma de rango legal o reglamentario— establecían la uniformidad, ni la exigencia de una indumentaria formal —chaqueta y corbata—, y, asimismo, la empresa no había fijado normas internas sobre tal cuestión —que se entendía por tanto implícita o inherente al normal desarrollo de la actividad—, no proporcionaba ropa de trabajo ni compensaba económicamente al trabajador (mediante un plus de vestuario, por ejemplo). En consecuencia, se alega vulneración del derecho a la propia imagen —lo que daría lugar a una calificación como despido nulo— y, en cualquier caso, el demandante estima que el incumplimiento carecía de gravedad suficiente para justificar la sanción más grave, de modo que el despido disciplinario habría de ser calificado, en último término, como improcedente

También es importante saber si en el contrato de trabajo se ha fijado o no un periodo de prueba, durante el cual la parte empleadora puede observar esa apariencia externa de la parte empleada y en caso de no resultar acorde con la política de empresa, resolver el contrato sin más consecuencias jurídicas.

También debemos tener en cuenta hasta dónde puede llegar el *ius variandi* del empresario/a, bien en la fórmula de movilidad funcional, geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo;⁴² por los cambios de puesto de trabajo, funciones, etc., que se vean condicionados por la apariencia externa de la persona empleada, de manera que pudiera darse el caso de tener que desempeñar unos servicios o actividades visibles o no para terceros.

Es importante que se justifique el verdadero interés empresarial, basado en que los clientes o usuarios del servicio son auténticos acreedores de un trato exquisito, que exige un comportamiento ejemplar de los empleados/as.⁴³

Desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, por ejemplo, el uso de determinada vestimenta, objetos personales que pueden causar accidentes, se podría limitar justificando la decisión en el derecho fundamental de protección a la vida e integridad física del artículo 15 CE.⁴⁴ El artículo 14.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales configura la protección frente a los

⁴² Pedrajas Moreno, Abdon y Sala Franco, Tomás, “La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)”, *Actualidad Laboral*, Madrid, 2008, núm. 12, pp. 1456 y ss.

⁴³ Así se puede observar al analizar la STS de 2 de junio de 1987 (Ar. 4100) donde un empleado de casino ofende a su superior en presencia de los clientes que en ese momento estaban en el establecimiento. Ballester Pastor, Inmaculada, “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”, *Tribunal Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*. Madrid, 2005, núm. 169, pp. 27-36.

⁴⁴ Así puede comprobarse en la STSJ de Baleares de 7 de octubre de 2003, en la cual una trabajadora, oficial administrativo de una compañía aeronáutica, es despedida por no cumplir la orden empresarial de vestir el chaleco reflectante cuando se encontrase en la pista del aeropuerto, pese a que había sido advertida en ocasiones anteriores sobre dicha exigencia. En la sentencia se considera que la negativa de la trabajadora a vestir el chaleco reflectante constituye una conducta grave y culpable por tratarse de una medida de seguridad en el trabajo que no puede ser ignorada por su parte por eso el despido es procedente. Como ha señalado algún autor “la altura o el peso podrían requerir del empleador medidas específicas desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, cuando provoquen, o pudieran generar, riesgos específicos para la salud del trabajador o de sus compañeros. En tal caso, la altura o el peso deben relacionarse con las exigencias físicas del puesto, y las condiciones o aptitudes físicas del sujeto (coordinación, agilidad, etc.) también podrían jugar un importante papel en la evaluación de riesgos y en la planificación de la actividad preventiva”. Rodríguez Cardo, Iván, *op. cit.*, p. 87.

riesgos laborales como un derecho y como un deber del empresario y también de las personas trabajadoras.⁴⁵

Desde el punto de vista de la salud pública y la higiene alimentaria también se han resuelto casos, aunque no siempre en el mismo sentido. En este supuesto debemos considerar que la salud pública y la higiene alimentaria no son responsabilidad exclusiva de los poderes públicos, todos debemos contribuir a ella, y los empresarios deben asimismo evitar cualquier riesgo sanitario para los clientes, consumidores o usuarios de los productos o servicios que fabriquen o proporcionen, y por ello están en disposición de obligar a sus trabajadores a utilizar determinada indumentaria. Así, por ejemplo, lo recogen los convenios colectivos de la industria alimentaria, que tipifican como infracción el incumplimiento de esas exigencias relativas a gorros, guantes y prendas similares.⁴⁶ Si

⁴⁵ Como ha declarado algún autor: “Desde esta perspectiva, el empresario podría incluso conminar a los trabajadores a dejar de utilizar ropa que proporcione inadecuado abrigo, especialmente en lugares de trabajo con aire acondicionado, o en los que pudiera haber corrientes de aire. Desde luego, el empresario tiene obligación de reducir los riesgos, y debería evitar escenarios de esa índole, pero también es exigible al trabajador cierta diligencia en la elección de su indumentaria. Ciertamente, no obstante, que este tipo de órdenes resultan poco frecuentes y en la práctica podrían confundirse con consignas de corte moral, especialmente si la indicación se dirige principalmente a mujeres. Consecuentemente, para proceder a una orden de esta índole deben extremarse las cautelas y la justificación debe ser explícita y clara, para eliminar susceptibilidades y malinterpretaciones”. Rodríguez Cardo, Iván, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁶ No lo ha considerado igual, parece, la Inspección de Trabajo en Barcelona que dio la razón a una demanda interpuesta por el sindicato Comisiones Obreras contra la empresa Burger King, a la cual solicitó que rectificase su política sobre la vestimenta de sus empleados, según la cual los trabajadores hombres debían afeitarse la barba y llevar corbata, mientras que las mujeres debían llevar un lazo, todo ello por “motivos de higiene alimentaria”. La Inspección de Trabajo consideró que “en el caso de la obligación de ir rasurados los hombres, se vulnera el derecho a la propia imagen, recogido en la Constitución. No parece justificada simplemente aludiendo a razones de higiene alimentaria. La higiene alimentaria se consigue con igual eficacia mediante otras medidas más moderadas y no lesivas de derechos fundamentales como puede ser la obligatoriedad del uso de barbillero o similar para los trabajadores con barba, bigote o perilla. En relación con el uniforme diferenciado entre hombres y mujeres, el inspector se pregunta por qué una mujer no puede llevar una corbata o un hombre un lazo. [Esta práctica empresarial] carece de justificación objetiva y resulta contraria al principio de no discriminación por razón de sexo”, concluye Inspección”, “Trabajo obliga a Burger King a permitir que sus empleados lleven barba”, *El País*, 30 de julio de 2019, disponible en elpais.com. Aunque sobre este aspecto podemos destacar en sentido contrario, la STC 170/1987 de 30 de octubre, relativa a un empleado de hostelería (con la categoría de primer barman) que decidió dejarse barba, y pese a las advertencias empresariales optó por no rasurarse, lo que conllevó, en primer lugar, dos sanciones de empleo y sueldo y, finalmente, el despido (dos años después de dejarse la barba y tras numerosas negativas al afeitado). El TC advierte que se trata de una cuestión de mera legalidad —lo que desde luego resulta discutible— y acepta la calificación como despido improcedente y no nulo, sin efectuar mayores precisiones.

bien podemos estar de acuerdo en el último planteamiento de la Inspección de Trabajo de Barcelona en cuanto al uso de la corbata por los hombres y el lazo por las mujeres, no podemos afirmar lo mismo del resto de su planteamiento.

Algunos autores han señalado que

mientras las limitaciones a la apariencia estética deben fundamentarse en la existencia de un interés comercial o empresarial, la falta de aseo o higiene personal entronca directamente con la buena fe contractual, y está implícita en toda relación contractual, con las matizaciones, obviamente, que necesariamente deben efectuarse respecto de aquellas actividades donde la naturaleza o el lugar de prestación de servicios imposibilitan que el trabajador mantenga una elemental pulcritud.⁴⁷

Esta postura suele estar extendida en la negociación colectiva donde se tipifica la falta de aseo o higiene como infracción normalmente leve o grave si hay reiteración, afecta al resto de la plantilla, etcétera. En este caso es preciso ser cautos en las decisiones que pueda tomar la organización porque dichas decisiones no pueden afectar sólo a un determinado sexo, raza, etcétera, por considerarse colectivos más propensos a la sudoración o porque tiene un olor corporal más fuerte.

De cualquier forma lo que sí es cierto es que no nos encontramos ante una cuestión pacífica en la doctrina y jurisprudencia, hay autores que consideran que el derecho a la propia imagen no incluye lo que, desde un punto de vista estrictamente gramatical o semántico, pudiera parecer: el derecho de cada uno a llevar el aspecto que estime oportuno; jurídicamente hablando, este último derecho debe ser entendido, como hace nuestra jurisdicción constitucional, como otra manifestación del más genérico derecho a la intimidad,⁴⁸ pero analizando caso por caso y sólo pudiendo apuntarse algunos aspectos generales como hemos hecho en las páginas anteriores.

⁴⁷ Rodríguez Cardo, Iván, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁸ Pardo Falcón, Javier, “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 34, 1992, p. 167. También Pascual Medrano, considera que “el derecho a la propia apariencia nada tiene que ver con el derecho a la propia imagen. Estamos más bien ante una manifestación o proyección de la libertad individual general (art. 1.1 CE), que puede encontrar tutela por parte del TC si dicha apariencia es fuente de discriminaciones injustificadas (art. 14 CE)”. Pascual Medrano, Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen*, Pamplona, Aranzadi Cizur Menor, 2003, pp. 48 y ss.

En resumen, y para decir que el trabajador, ya sea mujer u hombre, no acude al trabajo, a la organización, sin cubrir su cuerpo, lo hace vestido, sobre todo aseado, peinado, con un determinado color de pelo, con accesorios de pelo, con manicura o sin ella, afeitado en su caso, perfumado, maquillado, con piercings, tatuajes, enojado, por ejemplo, el hecho de portar una cruz puede significar un símbolo de su fe religiosa o simplemente un adorno.⁴⁹ Nuestra mejor doctrina académica ha analizado la cambiante consideración de algunos aspectos de la apariencia externa de la persona trabajadora, por la propia evolución de la realidad y de la respuesta de los tribunales a la misma, así, por ejemplo, ha ocurrido con el uso de la falda como prenda obligatoria del uniforme para las mujeres, que fue válida en 2001 e ilícita en 2011; o con la opción de uniformar a las trabajadoras pero no a los trabajadores de cierta empresa de grandes almacenes: entendida como no discriminatoria en 2001 y superada como acción de igualdad en 2013. Todo esto se reflejará en el análisis jurisprudencial realizado por la profesora Domínguez en este mismo número de la revista.

Lo deseable sería que esta materia estuviera prevista en el triángulo primario que regula las relaciones laborales, ya sea la ley, el convenio colectivo aplicable o en todo caso el contrato de trabajo, pero no siempre va a ocurrir de esta forma. La falta de regulación como hemos señalado tendrá como primera consecuencia que la decisión sobre lo que es justo o no, se base en reglas que suponen la ponderación de valores, principios, derechos, interpretados todos ellos por nuestra jurisprudencia, porque serán los jueces quienes previa decisión empresarial impugnada por la persona trabajadora, diriman qué es lo justo en cada caso concreto, pero en la base de todo ello debe estar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, porque en caso contrario estaríamos conculcando más de un derecho fundamental. En este último sentido debemos mirar a países que quizás no sean los más cercanos territorialmente, pero sí que han debido tratar la materia que planteamos ahora en este estudio, es el caso de los Estados Unidos con sentencias pioneras como *Price Waterhouse v. Hopkins*, de 1989, que constituye una decisión histórica de la Corte Suprema de Estados Unidos, y en la cual se negó a una mujer el hecho de ser socia de la firma durante dos años, por considerarse, según el portavoz empresarial, que su situación mejoraría para este fin en el futuro si “caminaba, hablaba y se vestía de un modo más femenino, utilizaba maquillaje, llevaba el pelo arreglado y usaba joyas”, que necesitaba un “curso en la escuela de encanto” pues era muy agresiva,

⁴⁹ Cámara Botía, Alberto, “La libertad de vestir del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, 2013, núm. 6, p. 3.

malhablada, etcétera. Básicamente los tribunales americanos determinaron que la organización no probó la necesidad de ese patrón que se le exigía, no hubo pruebas claras y convincentes sobre el interés y necesidad empresarial, algo que hemos examinado a profundidad en este estudio.

Por tanto, podemos decir que hay tres criterios a tener en cuenta, el primero el llamado *unequal burdens* que considera que es lícita la regulación diferenciada para hombres y mujeres si resulta igual de onerosa para unos y otras, es decir, si resulta equivalente. El segundo criterio sería el denominado *sexual stereotyping* que supone que las regulaciones diferenciadas de apariencia y vestimenta no deben permitirse si perpetúan estereotipos sexuales inaceptables sobre cómo deben comportarse los varones y las mujeres. Y el tercero, el hecho de que las características de la persona sean mutables o inmutables. Serían inmutables la raza, el sexo, el origen nacional, etcétera, y mutables, el color de pelo, largura de este, la barba, la vestimenta, etcétera. Esta doctrina de la mutabilidad daría a la organización poderes sobre muchos de los aspectos que hemos analizado en este estudio, incluso generando conductas discriminatorias no justificadas ni objetiva ni proporcionalmente.⁵⁰

En consecuencia, concluimos que la libertad de elegir la apariencia externa de la persona trabajadora, principalmente la que hemos denominado estética, se encuentra protegida constitucionalmente, en varios preceptos, artículo 10, 18 y 14 de nuestra norma suprema, lo que se traduce en la libertad para elegir el estilo del pelo, maquillaje, ropa, zapatos, cobertura de la cabeza, tatuajes, joyería y demás adornos que conforman la imagen pública de la persona, siempre que la organización no encuentre una razonable limitación que además pueda probar y argumentar para invertir la ponderación entre el derecho fundamental y la libertad de empresa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, “El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, núm. 1, 2003.

AGRA VIFORCOS, Beatriz, “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, *Estudios Financ*

⁵⁰ Cámara Botía. Alberto, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

- cieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, Madrid, núm. 275, 2006.
- BALLESTER PASTOR, Inmaculada, “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”, *Tribunal Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, Madrid, núm. 169, 2005.
- CÁMARA BOTÍA, Alberto, “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, núm. 33, 2001.
- CÁMARA BOTÍA, Alberto, “La libertad de vestir del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, núm. 6, 2013.
- CORDERO SAAVEDRA, Luciano, “Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 101, 2000.
- CRISTÓBAL RONCERO, Rosario, “Protección del derecho a la propia imagen en el trabajo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 199, 2017.
- GARCÍA ORTEGA, José, “La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales”, en DE VERDAD BEAMONTE, José Ramón (coord.), *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*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- GIL Y GIL, José Luis, *Principio de buena fe y poderes del empresario*, Sevilla, CARL, 2003.
- GIL Y GIL, José Luis, “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, núm. 13, 2003.
- GOÑI SEÍN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988.
- LAS HERVAS VIVES, Luis de, “El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal”, *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, febrero de 2018.
- LEAL MILLÁN, Antonio (coord.), *El factor humano en las relaciones laborales. Manual de dirección y gestión*, Madrid, Pirámide, 1999.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 75, 1996.

- MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, núm. 23, 2000.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.
- PARDO FALCÓN, Javier, “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 34, 1992.
- PASCUAL MEDRANO, Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen*, Pamplona, Aranzadi Cizur Menor, 2003.
- PEDRAJAS MORENO Y T. SALA FRANCO, *La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)*, *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 12, 2008.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, citando la obra de Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente del Derecho”, en el artículo titulado “La interpretación de la Constitución”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Aranzadi, núm. 169, 2014.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván, *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Asturias, Publicaciones del CES de Asturias, 2009.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván, “El resarcimiento de los datos morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Madrid, núm. 169, 2014.
- SALA FRANCO, Tomás, *Trabajo y libertades públicas*, Madrid, La Ley-Actualidad. “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral” dir. Borrajo Dacruz, Efrén, Madrid, 1999.
- SERRA CALLEJO, Javier, “La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, Madrid, núm. 127, 1993.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Comentarios a las leyes laborales*, Madrid. Servicios públicos de empleo y contratación laboral. t. IV, Dir. Borrajo Dacruz, Efrén, Madrid, Edersa, 1983.
- VERDAD Y BEAMONTE, José Ramón de, “El derecho a la propia imagen”, en varios autores, *Veinticinco años de la 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*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- VICENTE PACHÉS, Fernando de, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, CES, 1998.