

LIBERTAD DE APARIENCIA Y DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LA RELACIÓN LABORAL

XXXIV JORNADES CATALANES DE DRET SOCIAL
Barcelona, 19 de septiembre de 2024.

M. Macarena Martínez Miranda.
Magistrada especialista en el Orden Jurisdiccional Social,
Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de
Catalunya.

SUMARIO

- I. La libertad de apariencia y el derecho a la propia imagen de las personas trabajadoras en la era digital.
- II. Ámbito de protección del derecho a la propia imagen en la relación laboral. Los límites del poder de dirección empresarial.
- III. La conexión de la libertad de apariencia con otros derechos fundamentales. Doctrina jurisprudencial.
 - A. El respeto a la vida privada y familiar; el libre desarrollo de la personalidad.
 - B. La libertad de pensamiento, conciencia y religión. El uso de distintivos religiosos.
 - C. La expresión de género.
 - D. La prohibición de discriminación.
 - E. La protección de datos. Especial referencia a los datos biométricos.
- IV. A modo de corolario.

I. LA LIBERTAD DE APARIENCIA Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN LA ERA DIGITAL.

El protagonismo de la imagen en el desempeño de la relación laboral, ligado al desarrollo tecnológico y a las nuevas formas de producción así como a la presencia de las empresas en internet, determina que pueda percibirse una cierta debilidad en su protección, tendiéndose a su neutralización en aras al interés empresarial o al propio desenvolvimiento de las relaciones con la clientela a través de las redes sociales. Su relevancia en la denominada cuarta revolución industrial o industria 4.0 resulta evidente, ante la irrupción de las nuevas tecnologías en la digitalización de las empresas (entre ellos, es citado el Big data, Bockchain o cadena de bloque, Cloud computing o computación en la nube, fabricación aditiva o fabricación por adición, impresión 3D, inteligencia artificial, realidad aumentada, realidad virtual, ciberseguridad o seguridad en la red, 5G, robots y robots colaborativos, redes sociales, sistemas de geolocalización y el denominado internet de las cosas o IoT¹), adquiriendo una dimensión extraordinaria.

La doctrina constitucional ha reconocido el carácter innegable de la repercusión del conjunto de los cambios tecnológicos en la sociedad actual, tanto en sus hábitos y costumbres como en la afectación de, entre otros, el derecho fundamental a la propia imagen por el uso masivo de las tecnologías de la información y de la comunicación así como de los servicios de redes sociales en Internet, admitiendo que en este contexto resulta innegable que algunos contornos del derecho fundamental a la propia imagen pueden quedar desdibujados, adicionando nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales. Sin embargo, se matiza por la citada doctrina que la circulación de datos privados por las redes sociales en Internet no significa de manera más absoluta que lo privado se haya tornado público, al no ser equiparable el entorno digital con el concepto de "lugar público" previsto en la Ley Orgánica 1/1982, ni poder afirmarse que la ciudadanía de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 de la Constitución². Partiendo de tal consideración, la STC 27/2020, de 24 de febrero, aborda por primera vez el derecho fundamental a la propia imagen en el entorno digital, así como su conexión con los medios de comunicación y las nuevas tecnologías, incluyendo las redes sociales.

La libertad de apariencia no agota su contenido en el derecho a la propia imagen, sino que incluye el ejercicio de otros derechos fundamentales, conexos con este último y difícilmente deslindables,

¹ López Insúa, B. y Monereo Pérez, J. L. "Derecho a la propia imagen y a la dignidad del trabajador en el reglamento general de protección e datos. Un estudio crítico a la doctrina más reciente del TJUE". La Ley Unión Europea, nº 115, junio de 2023, edit. La Ley.

² STC 27/2020, de 24 de febrero (ROJ: STC 27/2020 - ECLI:ES:TC:2020:27).

lo que conduce a que al examinar las facultades empresariales en su delimitación deba efectuarse un análisis en clave constitucional, dirimiendo si la facultad de organización afecta al núcleo esencial de alguno de los referidos derechos fundamentales. Por ello, pese a que la libertad de apariencia es ligada tradicionalmente al poder de organización empresarial - lo que determina que resulte objeto de protección cuando colisiona con el derecho a la no discriminación pero únicamente de forma excepcional en otros supuestos-, su estrecha conexión con el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la expresión de género, la prohibición de discriminación, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, difumina sus contornos como objeto de protección único, activándose ésta de forma indirecta a través de la tutela de aquéllos, lo que si bien formalmente le dota de carácter menor o secundario, refuerza la necesidad de su salvaguarda. De este modo, su desarrollo jurisprudencial en el ámbito laboral tanto desde una óptica interna como internacional desmiente tal carácter subsidiario por cuanto se encuentra estrechamente ligado al progreso y evolución de la realidad social, lo que comporta que en materia de expresión del libre desarrollo de la personalidad y en su ligamen con el derecho a la vida privada y familiar, aquélla haya perfilado unos contornos no precisados por la normativa, materia sobre la que se profundizará seguidamente.

Se trata, en suma, de una libertad ligada al ejercicio de otros derechos fundamentales, carente de específica regulación, de cuya obligada salvaguarda constitucional no se duda a nivel doctrinal, considerándolo ligado tanto a los valores constitucionales de la libertad (art. 1.1 CE) como a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad³. Sin embargo, cuando se subsume esta expresión de la autonomía personal en alguno de los derechos fundamentales, la doctrina científica se divide entre quienes lo consideran integrado en el derecho a la intimidad y quienes lo enlazan con el derecho a la propia imagen⁴. En cualquier caso, su sustantividad queda determinada por sus contornos constitucionales, tanto en su vertiente positiva -libre determinación del aspecto externo- como en sentido negativo -prohibición de injerencias injustificadas en la mentada determinación-, pese a que la ausencia de desarrollo legislativo y el carácter excepcional de su alegación en el ámbito forense determina una invisibilización de la discriminación por apariencia impropia de la importancia de la imagen en la sociedad actual, particularmente en el ámbito de las relaciones laborales.

Por su parte, el derecho a la propia imagen resulta una concreción del más amplio derecho a la dignidad de la persona, englobando su dimensión moral y social. No puede olvidarse que, tal como afirma la mentada doctrina constitucional, nuestro sistema constitucional de relaciones laborales impone la tutela de la persona trabajadora frente a las injerencias injustificadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, procedan de los poderes públicos o de los particulares, dada la posición prevalente que ocupan aquellos dentro del ordenamiento jurídico en cuanto *"proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamento del propio Estado democrático (art. 1 CE)"* (STC 18/2020, de 10 de febrero) sin que exista un *"deber genérico de lealtad con significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial"* (entre otras, STC 56/2008, de 14 de abril)⁵. Reflexiones que se evidencian como de particular interés para subrayar que la devaluación o relativización del derecho a la propia imagen en el ámbito digital en modo alguno se corresponde con su relevancia constitucional, como

³ Arrúe Mendizábal, Marta. "El derecho a la propia imagen de los trabajadores". Editorial Aranzadi, 1ª edición septiembre 2019.

⁴ Arrúe Mendizábal, Marta. "El derecho a la propia imagen de los trabajadores". Editorial Aranzadi, 1ª edición septiembre 2019.

⁵ STC 79/2023, de 3 de julio de 2023 (ROJ: STC 79/2023 - ECLI:ES:TC:2023:79).

derecho fundamental con profundo ligamen al libre desarrollo de la personalidad que integra el derecho a la libre determinación⁶.

Su delimitación frente al derecho a la intimidad y al derecho al honor, viene constituida, como ha afirmado la doctrina constitucional, por la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. Por ello, el objeto del derecho a la propia imagen viene constituido por la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, para mantener una calidad mínima de vida humana según las pautas de nuestra cultura. Ese bien jurídico se salvaguarda, conforme a la referida doctrina, reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada del aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual⁷. La doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha sido prolija al configurar los límites del derecho a la propia imagen, considerando que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta. Con ese mismo carácter de doctrina general, también recuerda que, como todos los derechos fundamentales, ni el derecho a la propia imagen ni el resto de los de tal carácter son derechos absolutos, razón por la cual, cuando entran en colisión entre sí, es necesario un juicio de ponderación adecuado a las circunstancias del caso y a los criterios de la LO 1/1982 según su interpretación jurisprudencial para determinar cuál de ellos debe prevalecer⁸.

Ciertamente, el carácter específico del derecho a la propia imagen en el ámbito laboral, en que el conflicto entre aquél y la libertad de empresa no se traduce en el de dos derechos fundamentales, al carecer esta última de tal rango (artículo 38 CE), determina que el primero deba ser objeto de especial protección. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha reconocido que la facultad de organización empresarial, la potestad directiva, puede resultar determinante de circunstancias legitimadoras de la intromisión en el derecho a la propia imagen o en el interés de la persona trabajadora de evitar la difusión de su imagen. Entre éstas circunstancias puede citarse la concurrencia de interés público prevalente en supuestos de proyección pública de las personas afectadas por la información por razones entre las que se encuentra la profesión⁹. Pero debe atenderse también a las exigencias de las nuevas formas de comunicación (video-conferencias, conexiones online, ...), que frecuentemente incluyen la imagen de la persona trabajadora, y delimitar los supuestos en que se puede considerar legitimada la injerencia en el ámbito de este derecho fundamental de la persona trabajadora debido a su inserción en determinado ámbito laboral u organización productiva. Particularmente, la búsqueda de determinada imagen

⁶ STC 67/2022, de 2 de junio (ROJ: STC 67/2022 - ECLI:ES:TC:2022:67).

⁷ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 156/2001, de 2 de junio, FJ 6; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4, citadas por la STS/1ª de 27 de septiembre de 2021, recurso 199/2020 (ROJ: STS 3630/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3630).

⁸ STS/1ª de 27 de septiembre de 2021, recurso 199/2020 (ROJ: STS 3630/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3630).

⁹ Sobre el juicio de ponderación en el ámbito civil, pueden citarse las SSTs/1ª 209/2020, de 29 de mayo, 446/2017, de 13 de julio, 426/2017, de 6 de julio, 80/2017, de 13 de febrero, 378/2015, de 7 de julio, 518/2012, de 24 de julio, 898/2011, de 30 de noviembre, 471/2011, de 15 de junio, y 125/2011, de 25 de febrero, todas ellas citadas por la STS/1ª de 27 de septiembre de 2021 (recurso 199/2020).

corporativa puede comportar que la proyección visual de las personas trabajadoras tenga una importante significación, especialmente en las actividades en que se prestan servicios cara al público, por lo que puede entenderse que el desempeño laboral por parte de quienes prestan servicio por cuenta de determinada empresa traslada al exterior la imagen o proyección pública (la “marca”¹⁰) de la empresa.

Efectuada una aproximación a la delimitación conceptual de la libertad de apariencia y el derecho a la propia imagen de las personas trabajadoras, abordaremos el ámbito de protección de una y otra a través de los pronunciamientos jurisprudenciales en relación a los límites al poder de dirección empresarial en el caso del derecho a la propia imagen, y a la conexión con otros derechos fundamentales de la libertad de apariencia al carecer de regulación específica.

II. Ámbito de protección del derecho a la propia imagen en la relación laboral. Los límites del poder de dirección empresarial.

El contenido del derecho a la propia imagen ha sido acotado por la doctrina constitucional en dos facultades primordiales: la de decidir qué información gráfica formada por los rasgos físicos puede tener difusión pública, y la de impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de cualquier persona no autorizada fuera cual fuese la finalidad perseguida por esta¹¹. Obsérvese que en ambos casos nos encontramos ante facetas estrechamente ligadas, cuando no asimilables, al contenido del derecho a la protección de datos, lo que comporta que frecuentemente el objeto de denuncia venga configurado por ambos derechos de forma conjunta o por uno de ellos aludiendo a contenidos propios del otro. Y si bien tal circunstancia no ostenta relevancia práctica dada la aplicabilidad del principio *iura novit curia* y la ausencia de vinculación en el orden social con la subsunción jurídica efectuada en la demanda, sí causa como efecto colateral la perniciosa percepción del papel instrumental del derecho a la propia imagen, cuya vulneración es ligada a otros derechos fundamentales, tal como se advirtió anteriormente.

El derecho a la propia imagen no se limita a la protección del aspecto físico o de la denominada estética corporal, sino que del artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982 puede inferirse un criterio amplio que comprende la utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, pudiendo entenderse comprendido en el concepto de imagen la apariencia que objetivamente crea confusión con la imagen de otra persona, y la vestimenta o uniforme impuesto empresarialmente. Examinaremos, por ello, los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a cada uno de tales aspectos.

a) La estética personal.

El primero de los aspectos aludidos, la estética personal, es definido por la doctrina constitucional como *“instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como persona”*, añadiendo que *“constituye el primer elemento configurador*

¹⁰ Arrúe Mendizábal, Marta. “El derecho a la propia imagen de los trabajadores”. Editorial Aranzadi, 1ª edición septiembre 2019.

¹¹ SSTC 231/1988, de 23 de diciembre; 99/1994, de 11 de abril; 117/1994, de 25 de abril; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 156/2001, de 2 de julio; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4; 14/2003, de 28 de enero, FJ 5; 72/2007, de 16 de abril, FJ 3; 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 23/2010, de 27 de abril, FJ 4; 12/2012, de 30 de enero, FJ 5; 176/2013, de 21 de octubre, FJ 6, y 19/2014, de 10 de febrero, FJ 5; todas ellas citadas por la STC 27/2020, de 24 de febrero.

de la esfera personal de todo individuo”¹². En el ámbito laboral, cabe recordar que el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores en concordancia con su artículo 19, establece como uno de los derechos básicos de las personas trabajadoras el de la consideración debida a su dignidad, y si bien no hace mención expresa a la protección de la imagen, dado que ésta se encuentra incluida dentro de la dignidad, resulta inserta en el mismo; mención ésta innecesaria por cuanto el ámbito de las relaciones laborales resulta vinculado (huelga mencionarlo) por el artículo 10.1 de la Constitución. Partiendo de tales premisas, cabría preguntarse si el/la empresario/a incluye entre sus facultades directivas la posibilidad de condicionar o pautar la estética personal de las personas trabajadoras.

Las primeras resoluciones constitucionales¹³, al tratar sobre la limitación de la estética corporal de los trabajadores varones (si podían llevar barba o debían ir afeitados), no abordaron la cuestión no desde el punto de vista del contenido esencial del artículo 18.1 de la Constitución, sino -por ser el objeto de planteamiento en el recurso- si la hipotética colisión entre el derecho a la libre organización productiva que la legislación ordinaria reconoce al/a la empresario/a (art. 20.1 ET) y el contenido esencial del 18.1 CE, reiterando la doctrina expresada en la STC 73/1982, de 2 de diciembre, sobre la ausencia de consideración como violados de los derechos a la intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos *“como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula”*. Por tanto, el objeto de la citada resolución (STC 170/1987) se constriñe no a la difusión o captación ilícita de su propia imagen ex artículo 18.1 CE, ni a la decisión personal sobre la apariencia física del trabajador, sino si esta decisión puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional, concluyendo que en el supuesto objeto de recurso la empresa se encontraba legitimada para dar dicha orden¹⁴.

Ahora bien, tal potestad empresarial de pautar determinada estética corporal o indumentaria, como ejercicio regular de su facultad de dirección contemplado en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, encuentra el insoslayable límite del respeto a los derechos fundamentales¹⁵, además de ser ponderable en atención a las circunstancias concurrentes, debiendo basarse en instrucciones razonadas y con amparo legal, e interpretarse con carácter restrictivo por incidir en la libertad de la persona trabajadora¹⁶. Se impone, por ello, al enjuiciar estas medidas, la aplicabilidad del juicio de proporcionalidad, a su vez comprendido por el juicio de idoneidad o de

¹² SSTC 156/2001, FJ 6, y 99/1994, FJ 5.

¹³ STC 170/1987, sección 3, del 30 de octubre de 1987 (recurso 383/1986) (ROJ:STC 170/1987 - ECLI:ES:TC:1987:170)

¹⁴ La STSJCanarias (Las Palmas) de 29 de junio de 2020, recurso 63/2020 (ROJ: STSJ ICAN 1955/2020 - ECLI:ES:TSJICAN:2020:1955) concluye que es *“costumbre en hostelería el ir correctamente afeitado de prestarse servicios de cara al público”*.

¹⁵ Las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, y 88/1985, de 19 de julio, recuerdan que la celebración de un contrato de trabajo no supone la pérdida por la persona trabajadora de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce como ciudadano/a.

¹⁶ La STSJ Madrid 256/2001, de 18 de abril (recurso 1405/2001) declara que la decisión empresarial de que el trabajador se presente al trabajo con la barba completamente rasurada no encontraba amparo en normativa legal o convencional que prohíba a los cocineros llevar bigote y perilla *“cuando tales adornos capilares, como recalca el Juez a quo, están debidamente recortados y aseados”*, añadiendo que *“si bien es cierto que el Real Decreto 202/00 de 11 de Febrero establece que los manipuladores de alimentos deberán conocer y cumplir las instrucciones de trabajo establecidas por la empresa para garantizar la seguridad y salubridad de los alimentos, tales instrucciones han de ser razonables y encontrar amparo legal, convencional o consuetudinario, lo que no sucede en este caso, al constatar la sentencia combatida que el trabajador desarrolla su tarea con el debido aseo y cuidado”*.

adecuación de la medida, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto¹⁷, resultando parámetros para su enjuiciamiento la afectación al desarrollo de la actividad laboral, así como la ausencia de justificación en supuestos en que idéntica o similar estética corporal fuese consentida a otras personas trabajadoras de la misma empresa¹⁸. Y aún podría añadirse al consolidado triple juicio anteriormente descrito, la ponderación de la limitación impuesta empresarialmente en el derecho a la igualdad, dado que las limitaciones a la estética personal con superior frecuencia a la deseable se encuentran rodeadas de alusiones a estereotipos ligados a determinada concepción social que podrían comportar la concurrencia de un factor discriminatorio; materia sobre la que profundizaremos al analizar la conexión de la libertad de apariencia con la prohibición de discriminación.

Dentro de la estética personal, la doctrina judicial ha considerado lesivo del derecho a la propia imagen de la trabajadora la actuación de la empresa que le imponía acudir maquillada al puesto de trabajo, por suponer una seria intromisión, totalmente injustificada -se matiza que pese a no exigirse así en la normativa interna, que aludía a que en caso de maquillaje éste fuera “discreto”-, en su libertad para mostrar su imagen física personal, tratándose de aspecto relacionado claramente con la imagen más básica de la persona, lo que puede comportar la nulidad del despido basado en la desobediencia de tal orden¹⁹. Se trata de supuestos estrechamente ligados con estereotipos de género, en que pese a no fundamentarse la nulidad del despido en la lesión del principio de igualdad (por no haber sido objeto de planteamiento), el ligamen de la decisión empresarial con aquéllos podría determinar la lesión de aquel derecho por razón de género.

b) La indumentaria.

El ámbito de protección del derecho a la propia imagen comprende, asimismo, la indumentaria de la persona trabajadora que, tal como recuerda la doctrina jurisprudencial, puede ser determinada por la empresa (uniformidad), con las limitaciones de estar adaptada a la persona, respetar su dignidad y posibilitar la elección entre las distintas modalidades cuando se trate de prendas tradicionalmente asociadas a uno de los sexos²⁰. Se avanza con ello en la reciente Jurisprudencia hacia la protección de los derechos fundamentales conexos con el de la propia imagen, superando la anterior, que consideraba que la determinación de la uniformidad en la vestimenta en defecto de pacto individual o colectivo de las personas interesadas era competencia del/de la

¹⁷ Sala Franco, T. “La jurisprudencia existente acerca de la indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo”. LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, vol. 2 número 1 (2021).

¹⁸ - La STSJ Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 1996 (recurso 355171995) confirmó la improcedencia del despido de trabajador al que se ordenó el afeitarse la perilla, por cuanto no se trataba de una orden fundada y legítima, ni fue acreditada costumbre que así lo impusiese.

¹⁹ STSJ Madrid de 3 de junio de 2015, recurso 663/2014 (ROJ: STSJ M 7170/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:7170).

²⁰ STS/4^a de 12 de marzo de 2024 (recurso 27/2022), en que el objeto del recurso se constreñía a la aplicabilidad del artículo 22 del Orden del Ministerio de Interior 318/11, en relación a la imposición de uso de corbata en verano a lo/as vigilantes de seguridad.

empleador/a salvo que la decisión patronal atentase a la dignidad y al honor de la persona trabajadora²¹.

Ahora bien, tal potestad empresarial de pautar determinada estética corporal o indumentaria, como ejercicio regular de su facultad de dirección contemplado en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, encuentra el insoslayable límite del respeto a los derechos fundamentales²², además de ser ponderable en atención a las circunstancias concurrentes, debiendo basarse en instrucciones razonadas y con amparo legal, e interpretarse con carácter restrictivo por incidir en la libertad de la persona trabajadora²³. Se impone, por ello, al enjuiciar estas medidas, la aplicabilidad del anteriormente citado juicio de proporcionalidad, a su vez comprendido por el juicio de idoneidad o de adecuación de la medida, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto²⁴, resultando parámetros para su enjuiciamiento la afectación al desarrollo de la actividad laboral, así como la ausencia de justificación en supuestos en que idéntica o similar estética corporal fuese consentida a otras personas trabajadoras de la misma empresa²⁵. Del mismo modo, pese a que la imposición de determinado uniforme se considere incluida dentro del ámbito de dirección empresarial, no atentaría por sí misma del derecho a la intimidad y a la propia imagen²⁶, se imponen como límites que comporte riesgos o resulte atentatoria de la dignidad de la persona trabajadora²⁷, sin perjuicio de que el despido por la desobediencia en la orden de vestir determinada prenda de uniforme pueda entenderse desproporcionada en relación a las circunstancias concurrentes²⁸.

²¹ La STS/4ª de 23 de enero de 2001 (recurso 1851/2000) indica que *"no parece que las reglas adoptadas por Renfe respecto a la uniformidad referida a las trabajadoras del Tren de Alta Velocidad (AVE) sean atentatorias a los derechos fundamentales o dignidad del trabajador, siendo de resaltar que medidas singulares sobre el traje a utilizar en el desarrollo del trabajo se suelen adoptar con respecto al personal de ciertos sectores laborales, como hostelería, compañías de líneas aéreas, compañías de publicidad, etc. La cuestión suscitada, asumida en una relación laboral voluntaria y libremente concertada, pudiera encontrar otra vía de solución en el campo negocial, en cuya esfera se podría llegar a establecer un Reglamento de Uniformidad, conforme a la misión asignada a las Comisiones ad hoc, instauradas en los sucesivos Convenios Colectivos de Renfe"*.

²² Las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, y 88/1985, de 19 de julio, recuerdan que la celebración de un contrato de trabajo no supone la pérdida por la persona trabajadora de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce como ciudadano/a.

²³ La STSJ Madrid 256/2001, de 18 de abril (recurso 1405/2001) declara que la decisión empresarial de que el trabajador se presente al trabajo con la barba completamente rasurada no encontraba amparo en normativa legal o convencional que prohíba a los cocineros llevar bigote y perilla *"cuando tales adornos capilares, como recalca el Juez a quo, están debidamente recortados y aseedos"*, añadiendo que *"si bien es cierto que el Real Decreto 202/00 de 11 de Febrero establece que los manipuladores de alimentos deberán conocer y cumplir las instrucciones de trabajo establecidas por la empresa para garantizar la seguridad y salubridad de los alimentos, tales instrucciones han de ser razonables y encontrar amparo legal, convencional o consuetudinario, lo que no sucede en este caso, al constatar la sentencia combatida que el trabajador desarrolla su tarea con el debido aseo y cuidado"*.

²⁴ Sala Franco, T. *"La jurisprudencia existente acerca de la indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo"*. LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, vol. 2 número 1 (2021).

²⁵ La STSJ Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 1996 (recurso 355171995) confirmó la improcedencia del despido de trabajador al que se ordenó el afeitarse la perilla, por cuanto no se trataba de una orden fundada y legítima, ni fue acreditada costumbre que así lo impusiese.

²⁶ STSJ Galicia de 27 de junio de 2022 (recurso 2871/2002).

²⁷ STSJ Catalunya de 8 de enero de 1998 (recurso 6148/1997).

²⁸ STSJ Catalunya de 3 de diciembre de 1999 (recurso 5414/1999), en supuesto en que se acordó el despido de vigilante de seguridad por negarse a usar la gorra dentro del centro de trabajo.

Distinta es la consideración sobre la imposición de no vestir determinada prenda, en que se concluye que de no existir norma interna y no afectar a la genérica corrección y limpieza exigibles, no se incluiría en el poder de dirección empresarial la prohibición de una determinada prenda cuando la persona trabajadora no tiene contacto con el público y, por tanto, su modo de vestir no trasciende ni puede afectar a la imagen de la empresa²⁹. Entre los datos trascendentes para posibilitar la limitación a la vestimenta o la imposición de determinada prenda se encuentran las medidas de seguridad fijadas por la empresa³⁰.

Quedan al margen de la intromisión al derecho a la propia imagen el uso de equipos de protección individual, en que la normativa en materia preventiva³¹ impone a la empresa la determinación de aquellos que salvaguarden la salud y seguridad de las personas trabajadoras durante el desempeño de su labor³².

c) Captación, reproducción y/o difusión de la imagen.

En cuanto a la captación, reproducción y/o difusión o publicación de la imagen de la persona trabajadora, es prohibida por 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, salvo en determinados supuestos. Entre éstos se incluyen aquéllos en que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y el mismo sea constitucionalmente prevalente sobre el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen; supuestos en que se evidencia una tensión entre aquel derecho y las libertades de expresión e información (art. 20.1.a y d de la Constitución), a que asimismo ha aludido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³. Como canon de ponderación, la doctrina constitucional considera que colisiona con la propia imagen la difusión de fotografías o videoclips que solo puedan entenderse como meros instrumentos de satisfacción de la curiosidad ajena y hayan sido incluidos no con función informativa sino con la finalidad de saciar la expectación que pueda provocar determinada noticia; considerándose que el derecho a la propia imagen ha de ceder en los supuestos en que la publicación de la imagen, por sí misma o en relación con la información escrita a la que acompaña, posea interés público, esto es, contribuya a la formación de la opinión pública³⁴.

Del mismo modo, se incluyen en el ámbito de protección del derecho a la propia imagen las denominadas fotos neutrales, esto es, aquellas que si bien no contienen información gráfica sobre la vida privada o familiar de la persona retratada muestran su aspecto físico haciéndole

²⁹ STSJ Madrid de 7 de mayo de 2002 (recurso 892/2002).

³⁰ STS 26 de diciembre de 1990 (número 9976/1990), respecto a la prohibición empresarial a los croupiers o cambistas en las mesas de juego de un casino y al personal de caja de llevar trajes con bolsillos (la cláusula 5.a del contrato y el art. 27 d) del Reglamento de Casinos de Juego, aprobado por Orden de 9 de enero de 1979. prohíben llevar trajes con bolsillos).

Asimismo, STSJ Islas Baleares de 7 de octubre de 2003 (recurso 552/2003), en supuesto de empleada de empresa de transporte aéreo que se negaba a vestir el chaleco reflectante para realizar su trabajo en las pistas del aeropuerto. Y STSJ Galicia de 26 de enero de 2007 (recurso 5525/2006) en supuesto de oficial de primera carnicería que entraba en el laboratorio de carnicería sin gorro ni mascarilla.

³¹ Artículo 29.2.2 de la Ley 30/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, y artículo 10.a) del RD 773/97 (30 de mayo), sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por las personas trabajadoras de los equipos de protección individual.

³² Cabe citar la STSJ Catalunya 10 de junio de 2009 (recurso 667/2009), y las SSTSJ La Rioja de 22 de junio de 2017 (recursos 131/2017, 132/2017 y 133/2017), entre otras.

³³ STEDH de 16 de abril de 2009, caso Egeland and Hanseid c. Noruega.

³⁴ SSTC 176/2013, 19/2014, 18/2015 y 27/2020.

reconocible. Por ello, no afectan a un ámbito íntimo sino a un ámbito propio y reservado, proyectándose sobre su esfera personal si bien no lesionando su buen nombre ni dando a conocer su vida íntima, que la doctrina constitucional tilda de necesario según las pautas de nuestra cultura “para mantener una calidad mínima de vida humana”³⁵.

A pesar de que la persona trabajadora haya otorgado su autorización para la captación de la imagen, la doctrina judicial no considera incluido en el mismo la ulterior comercialización, debiendo ésta ser objeto de expreso consentimiento e interpretada de conformidad con las leyes y los usos sociales, por lo que supone intromisión ilegítima en la imagen de una persona la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2 de la meritada Ley Orgánica 1/1982, esto es, captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social; y la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio³⁶. Por ello, de concurrir el “principio de reconocibilidad”³⁷ (entendido como carga identificadora) en la comercialización de la imagen de persona trabajadora, que hubiese autorizado su realización pero no aquélla, cabe concluir sobre una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, así como ante una apropiación de su valor comercial³⁸.

III. La conexión de la libertad de apariencia con otros derechos fundamentales. Doctrina jurisprudencial.

Reiterada doctrina del Tribunal Constitucional ha concluido que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben a la persona trabajadora como ciudadana, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada³⁹, si bien no puede desconocerse que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental en los artículos 38 y 33 de la Constitución. En aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos de la persona trabajadora a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la razonabilidad de éstos, la mentada doctrina ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral⁴⁰.

³⁵ SSTC 81/2001 y 27/2020, con cita en esta última de la STEDH de 15 de enero de 2009, asunto *Reklos y Davourlis* contra Grecia.

³⁶ STSJ Madrid de 16 de noviembre de 2012, recurso 5519/2012 (ROJ: STSJM 15573/2012 - ECLI:ES:TSJM:2012:15573).

³⁷ STS/1ª de 30 de enero de 1998 (nº 60/1998), que efectúa una interpretación restrictiva del requisito de la reconocibilidad.

³⁸ STSJ Madrid de 16 de noviembre de 2012, recurso 5519/2012 (ROJ: STSJM 15573/2012 - ECLI:ES:TSJM:2012:15573).

³⁹ SSTC 88/1985 y 99/1994.

⁴⁰ SSTC 73/1982 ; 120/1983 ; 19/1985 ; 170/1987 ; 6/1988 ; 129/1989 ó 126/1990 y 99/1994.

En este marco de adecuación a las exigencias organizativas y de respeto a los derechos fundamentales ha de valorarse el alcance de la libertad de apariencia, frecuente e indisolublemente ligada a otros derechos fundamentales, lo que impone un análisis conjunto de aquél con otros potencialmente afectados cuando se producen conculcaciones del mismo en el ámbito laboral.

a) El respeto a la vida privada y familiar; el libre desarrollo de la personalidad.

La relación de la libertad de apariencia con la vida privada ha comportado que con frecuencia se confunda aquél con el de la intimidad al acontecer violaciones conjuntas de ambos derechos, siendo así que en el ámbito anglosajón los derechos a la propia imagen y a la intimidad se solapan. Sin embargo, y no obstante abarcar el derecho a la propia imagen una doble vertiente, en el aspecto personal y en el patrimonial, se trata de dos derechos distintos, que han de ser objeto de diferenciada protección.

No resulta fácil tal distinción al analizar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que subraya el estrecho ligamen existente entre vida privada y profesional, considerando el derecho a la propia imagen como integrante del libre desarrollo de la personalidad, por lo que la adopción de medidas empresariales atinentes a ésta pueden influir directamente sobre el ámbito íntimo y/o familiar de la persona trabajadora⁴¹. De este modo, ha subrayado que el respeto a la vida privada⁴² no excluye la actividad profesional y que las restricciones impuestas en ésta pueden recaer bajo el ámbito del respeto a la vida privada y familiar, considerando que la “vida privada” constituye una noción extensa, no limitada a un círculo íntimo “*donde cada cual pueda manejar a su antojo su vida personal y alejar completamente de ese círculo el mundo exterior*”⁴³ y que no excluye las actividades profesionales⁴⁴. A tal efecto, reflexiona el citado Tribunal que las restricciones impuestas en la vida profesional pueden recaer bajo el ámbito del citado precepto cuando repercuten sobre el modo en que la persona forja su identidad social para el desarrollo de las relaciones con sus semejantes, particularmente cuando factores ligados a la vida privada son considerados como criterios de cualificación para una determinada profesión⁴⁵.

La doctrina constitucional interna ha concluido asimismo sobre la conexión entre ambos derechos, dado que el derecho a la propia imagen previsto en el artículo 18.1 de la Constitución está dirigido

⁴¹ Como supuestos en que se dirime sobre la vulneración del artículo 8 del CEDH como consecuencia de medidas de carácter laboral, pueden citarse las SSTEDH de 28 de mayo de 2009 (asunto Bigaeva c. Grecia) -relativo al acceso a la profesión de abogado-, STEDH de 9 de enero de 2013 (asunto Oleksandr Volkov c. Ucrania) -despido del demandante de su puesto de juez-, 27 de julio de 2004 (asunto Sidabras y Dziautas c. Lituania) -prohibición a los ex miembros de la KGB de acceder a ciertos empleos públicos y privados-, STEDH 12 de junio de 2.014, Gran Sala (asunto Fernández Martínez contra España) - no renovación de contrato como profesor de religión y moral católica en un instituto público-, y STEDH de 28 de noviembre de 2017 (asunto Antóvic y Mirkovic c. Montenegro) -instalación y uso de cámaras de videovigilancia en las aulas de una universidad-. En ellas se concluye por el Tribunal que el término “vida familiar” es de carácter amplio, no susceptible de una definición exhaustiva, protegiendo en todo caso la integridad física y moral de las personas y el pleno desarrollo de su personalidad, por lo que no puede constreñirse al círculo más próximo con quienes se relaciona, sino que, además, tiene una proyección externa de establecimiento de vínculos en ámbitos más amplios.

⁴² Artículo 8 CEDH.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁴³ STEDH de 16 de diciembre de 1992 (asunto Niemietz c. Alemania).

⁴⁴ STEDH de 28 de mayo de 2009 (asunto Bigaeva c. Grecia).

⁴⁵ STEDH de 19 de octubre de 2010 (asunto Özpınar c. Turquía).

a proteger la vida privada y familiar, englobando su dimensión moral y social, como concreción del más amplio derecho a la dignidad de la persona⁴⁶.

b) La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El uso de distintivos y/o símbolos religiosos.

- Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La doctrina del TJUE ha concluido que la prohibición de uso de cualquier símbolo religioso o político en el desempeño del trabajo no constituye por sí misma una discriminación directa⁴⁷, si bien ello viene condicionado por la conformidad de tal medida a la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. A tal efecto, ha de partirse de que el término “religión” que figura en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 comprende, según su doctrina, tanto el hecho de tener convicciones (*forum internum*) como la manifestación pública de la fe religiosa (*forum externum*)⁴⁸, examinando la conformidad de la normativa cuestionada a la normativa europea en relación a la “religión” y “convicciones”, que se consideran las dos caras de un mismo y único motivo de discriminación⁴⁹. Desde el punto de vista laboral, la expresión de las propias convicciones puede estar indisolublemente unida a la libertad de apariencia cuando la persona trabajadora desea proyectar una determinada imagen ligada a su religión o convicciones; por lo que se considera relevante examinar la doctrina comunitaria en la referida materia.

En la STJUE de 13 de octubre de 2022 (asunto 344/2020), el Tribunal interpreta la mentada Directiva indicando que una disposición de un reglamento interno laboral de una empresa que prohíbe a las personas trabajadoras manifestar, sea verbalmente o a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye una discriminación *directa* «por motivos de religión o convicciones» en el sentido de dicha Directiva, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada. En consecuencia, la empresa puede prohibir en los lugares de trabajo el uso de símbolos que expresen sus convicciones religiosas o filosóficas (o “espirituales”) si se aplica el mismo criterio a todas las personas trabajadoras de manera general e indiferenciada. Sin embargo, un reglamento o una norma interna como la controvertida en el litigio principal puede constituir una diferencia de trato indirectamente basada en la religión o las convicciones (en el sentido del art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78), si se demuestra que pese a tratarse de una obligación aparentemente neutra, ocasiona de hecho una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente; salvo que responda a una finalidad legítima y los medios para su consecución sean adecuados y necesarios.

La doctrina ha subrayado que esta resolución enfatiza el elemento finalista que legitima la medida prohibitiva, encontrándose detrás de la norma una decisión de política de derecho⁵⁰. Del mismo

⁴⁶ STC 27/2020, de 24 de febrero.

⁴⁷ STJUE de 15 de julio de 2021 (C-804/18).

⁴⁸ STJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/15.

⁴⁹ STJUE de 15 de julio de 2021, C-804/18 y C-341/19.

⁵⁰ Monereo Pérez, J. L. “La prohibición unilateral por el empleador, con carácter general e indiferenciada, de uso visible de símbolos vinculados a “convicciones religiosas, filosóficas o espirituales”: requisitos y límites derivados del principio fundamental de no discriminación directa o indirecta”. Revista de Jurisprudencia laboral, nº 9/2022.

modo, se ha considerado controvertido que confiera validez jurídica a una disposición de un reglamento interno laboral que contiene una norma que prohíbe no sólo el uso de signos vistosos y de gran tamaño, sino el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas, sea cual sea su tamaño, así como el que -si bien quedaba fuera de la cuestión prejudicial planteada- no se haya efectuado reflexión alguna sobre la perspectiva de género que pudiera concurrir, al tratarse de trabajadora de confesión musulmana, y en relación a una típica vestimenta de mujer como es el pañuelo, siendo así que reclama por discriminación en el acceso al empleo u ocupación⁵¹. Cuestión esta última sobre la que se abundará posteriormente.

La STJUE de 28 de noviembre de 2023 (C-148/22) compendia la citada doctrina, en supuesto en que se cuestionó la prohibición por parte de un organismo público de llevar símbolos que revelaran sus convicciones religiosas mientras desempeñaba su actividad profesional, tratándose de trabajadora que desempeñaba función de “jefa de oficina” prácticamente sin ningún contacto con las personas usuarias del servicio público (back office). Conviene precisar que la mentada resolución dirime teniendo lo preceptuado en el artículo 2.2, letras a) y b), de la Directiva 2000/78, anteriormente aludido. El TJUE clarifica que una norma interna de una empresa que solo prohíbe llevar, en el lugar de trabajo, signos de convicciones, en particular filosóficas o religiosas, que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones, en el sentido del artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78, en los casos en que el criterio relativo al uso de tales signos esté indisolublemente ligado a una o varias religiones o convicciones determinadas⁵². Y a la inversa, una norma interna adoptada por un empresario que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, en el lugar de trabajo no constituye tal discriminación directa si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todas las personas trabajadoras de la empresa, imponiéndoles, de manera general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos⁵³.

Considerando que el supuesto planteado resultaría subsumible en este último enunciado, si bien recuerda que compete resolver al órgano nacional, otorga una serie de indicaciones, entre ellas la necesidad de existencia de finalidad legítima como margen de apreciación en la concepción de la neutralidad del servicio público que se pretende promover en el lugar de trabajo, concluyendo que la política de «neutralidad exclusiva» de una administración pública con vistas a instaurar en su seno un entorno administrativo totalmente neutro puede considerarse que está objetivamente justificada por una finalidad legítima en el sentido del art. 2.2.b) inciso i) de la Directiva 2000/78. Asimismo, puede estar igualmente justificada la elección de otra administración pública, en función del contexto que le sea propio y en el marco de sus competencias, de abogar por otra política de neutralidad, como una autorización general e indiferenciada del uso de signos visibles de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, también en los contactos con los usuarios, o por una prohibición del uso de esos signos limitada a las situaciones que impliquen tales contactos. En segundo lugar, para que una norma interna evite la calificación de «discriminación indirecta», en el sentido del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78 también debe ser apta para garantizar la correcta aplicación de la finalidad perseguida por la empresa. A este respecto, en primer lugar, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el Ayuntamiento persigue este objetivo de manera verdaderamente congruente y sistemática, con respecto al

⁵¹ Monereo Pérez, J. L. “La prohibición unilateral por el empleador, con carácter general e indiferenciada, de uso visible de símbolos vinculados a “convicciones religiosas, filosóficas o espirituales”: requisitos y límites derivados del principio fundamental de no discriminación directa o indirecta”. Revista de Jurisprudencia laboral, nº 9/2022.

⁵² SSTJUE de 15 de julio de 2021, C-804/18 y C-341/19, de 13 de octubre de 2022, S. C. R. L. (prenda de vestir con connotaciones religiosas), C-344/20.

⁵³ SSTJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/15, y de 15 de julio de 2021, C-804/18 y C-341/19.

conjunto de las personas trabajadoras. También corresponderá al órgano jurisdiccional remitente proceder a una ponderación de los intereses en juego, a la luz del conjunto de elementos característicos del contexto en el que se adoptó esta norma, teniendo en cuenta, por un lado, los derechos y principios fundamentales de que se trata, a saber, en el caso de autos, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión⁵⁴.

Si bien en el supuesto de esta última sentencia (STJUE de 28 de noviembre de 2023) sí fue planteada una eventual discriminación indirecta por razón de sexo, la misma no fue abordada concluyéndose que *“este motivo está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación que, en su artículo 2, apartado 1, letra b), define expresamente el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, y no en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, único acto al que se refiere dicha cuestión”*, así como que *“la resolución de remisión no contiene indicaciones que permitan delimitar el supuesto fáctico en el que se basa la segunda cuestión ni las razones por las que una respuesta a esta cuestión, que se añadiría a la respuesta a la primera cuestión, sería necesaria para la solución del litigio principal”*.

De la expuesta doctrina se colige que las decisiones empresariales sobre prohibición de uso de signos religiosos o indumentaria relacionada con creencias religiosas deben basarse en un motivo justificado, por cuanto nos encontramos ante supuestos en que la libertad citada colisiona con el poder directivo empresarial. Véase que la mera voluntad de la empresa de ofrecer una imagen de neutralidad, si bien es incardinable en la libertad de empresa (artículo 16 de la Carta) no justifica, por sí misma, una diferencia de trato basada indirectamente en la región o convicciones, por lo que precisaría de prueba suficiente sobre la justificación empresarial. En este sentido, resulta necesario ponderar si las personas trabajadoras se encuentran en contacto directo con los clientes, por cuanto de forma evidente únicamente en este último supuesto se verá afectada la apariencia de neutralidad invocada empresarialmente. Y todavía debería someterse la decisión a un filtro adicional, cual es el principio de proporcionalidad, debiendo interpretarse de forma restrictiva y estricta cualquier limitación en el ejercicio efectivo de los derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadoras.

- Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sobre esta materia la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido especialmente prolija a partir del asunto considerado como primera toma de postura frontal del citado Tribunal con la libertad religiosa⁵⁵, cual es el asunto *Kokkinakis c. Grecia* (STEDH de 25 de mayo de 1993).

⁵⁴ A la primera cuestión prejudicial responde que el artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una norma interna de una administración municipal que prohíbe, de manera general e indiferenciada, a los miembros del personal de dicha administración el uso visible en el lugar de trabajo de cualquier signo que revele, en particular, convicciones filosóficas o religiosas puede estar justificada por la voluntad de dicha administración de establecer, teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego.

⁵⁵ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: “Libertad religiosa y exigencias laborales (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Eweida y otros c. Reino Unido, 15 de enero de 2013). Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 195, Madrid, septiembre-diciembre (2014), págs. 171- 195.

en aplicación del artículo 9 del CEDH⁵⁶. En esta sentencia se enfatiza que tal libertad es una de las bases de una “sociedad democrática” en el sentido del Convenio, figurando “en su dimensión religiosa entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, siendo también un “bien precioso” para las personas ateas, agnósticas escépticas o indiferentes, como manifestación del pluralismo. Esta libertad incluye la de manifestar la religión, que no se ejerce únicamente de manera colectiva, en público y en el círculo de los que comparten la misma fe sino también individualmente y en privado, así como en principio el derecho de intentar convencer al prójimo, por ejemplo por medio de una “enseñanza”, sin que la libertad de cambiar de religión o de convicción consagrada por el artículo 9, tenga que quedar en letra muerta.

Puede considerarse como “leading case” en el ámbito laboral la STEDH de 15 de enero de 2013 (asunto Eweida y otros c. Reino Unido), que tiene por objeto cuatro supuestos fácticos, dirimidos conjuntamente, teniendo como elemento común el ejercicio de estos derechos en el ámbito empresarial durante la prestación laboral. La cuestión controvertida se circunscribía a la libertad de apariencia en el entorno laboral y a su contraposición con la voluntad empresarial de proyectar cierta imagen corporativa de neutralidad o laicidad, resultando cada pronunciamiento de una cuidada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos; por lo que resulta especialmente ilustrativa la referencia a las mismas.

El primero de los supuestos en ella analizados fue el denominado caso Eweida, en que el TEDH examina el justo equilibrio entre el deseo de Eweida de manifestar sus creencias religiosas, frente al deseo de la empleadora, BA, de proyectar cierta imagen corporativa. Los hechos enjuiciados se refieren a una trabajadora a quien la empleadora, BA, suspendió de empleo y sueldo por colocar su cruz de plata y la cadena correspondiente por encima del uniforme de la compañía. Las normas de la empresa prohibían utilizar adornos o alhajas visibles, e imponían que cualquier objeto que, por razones religiosas, quisiera llevar una persona trabajadora debía estar oculto por el uniforme, y, de no ser posible, haber recibido aprobación para ser utilizado. Tras el despido, la compañía le ofreció un trabajo administrativo sin uniforme ni trato con clientes, que la trabajadora rechazó, retornando al trabajo cuando la compañía modificó su política para permitir el uso al personal de símbolos religiosos. La sentencia concluyó que se había conculcado el derecho de la libertad de religión contemplado en el artículo 9 del CEDH; tras examinar el “justo equilibrio” entre “el deseo de Eweida de manifestar sus creencias religiosas, frente al deseo de la empleadora de proyectar cierta imagen corporativa, ponderándose que otras personas trabajadoras se encontraban autorizadas desde el pasado a utilizar aditamentos religiosos como turbantes y hijabs sin impacto negativo alguno sobre la imagen de la compañía. En el segundo de los supuestos dirimidos, caso Gary McFarlane, el trabajador, psicólogo y consejero matrimonial, fue despedido por rechazar el tratamiento de parejas homosexuales; concluyendo el Tribunal que no había existido violación de la libertad religiosa, y sí vulneración del derecho a la no discriminación. En el tercero de aquéllos, caso Lillian Ladelle, la trabajadora fue despedida por negarse a inscribir a una pareja de hecho homosexual, concluyéndose por el Tribunal que no hubo violación de la libertad religiosa, incurriendo la medida extintiva empresarial en vulneración del derecho a la no discriminación. Por último, el cuarto de los supuestos dirimidos, caso Shirley Chaplin, concluyó sobre la ausencia de violación de la libertad religiosa al restringir el uso de símbolos religiosos en el ejercicio de su profesión de enfermera. Si bien la demandante había apelado al TEDH alegando que su empleadora había restringido el uso que ella hacía de cruces cristianas alrededor de su

⁵⁶ Art. 9.- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. “1.Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

cuello mientras trabajaba, resultó del relato fáctico que en determinada fecha se habían introducido nuevos uniformes con cuello en forma de V en el hospital, habiéndosele instado a no utilizar su crucifijo y cadena porque podía rozar, golpear, o tocar una herida abierta de lo/as pacientes. La trabajadora se negó a ello y se le cambió de puesto, fuera del área de enfermería. El TEDH convalida el criterio del hospital en relación a la protección de la salud y la seguridad clínica, factor que considera más importante que el de la imagen, concluyendo que la medida no fue desproporcionada y resultó necesaria esa interferencia con su libertad de manifestar su religión.

Otras resoluciones del TEDH relevantes en esta materia son las SSTEDH de 25 de mayo de 1993 (asunto Kokkinakis c. Grecia), 15 de febrero de 2011 (asunto Lucía Dahlab c. Suiza), y 1 de julio de 1997 (asunto Faruk Kalas c. Turquía).

Resulta de interés subrayar que, si bien no limitada al ámbito laboral, la STEDH de 1 de julio de 2014⁵⁷ confirmó la prohibición general de Francia de llevar velos que cubran todo el rostro en público, basándose en el argumento del “valor de la convivencia”. Ha sido objeto de críticas desde sectores doctrinales y organismos como Amnistía internacional. Este último advertía que suponía un enorme retroceso para el derecho a la libertad de expresión y de religión, transmitiendo el mensaje de que las mujeres no son libres para expresar sus creencias religiosas en público⁵⁸.

- Doctrina interna.

La STC 46/2011, en relación al orden público y la seguridad en cuanto límites al derecho fundamental de libertad religiosa, concluyó que el ejercicio de la libertad religiosa y de culto, como declara el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, en absoluta sintonía con el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *“tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”*. Ahora bien, en cuanto «único límite» al ejercicio del derecho, continúa argumentando que el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública», tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto.

En aplicación de esta doctrina, la Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló la prohibición de uso de velo integral impuesta por determinado Ayuntamiento, concluyendo que tal organismo carece de competencias para limitar un derecho fundamental, por cuanto tal restricción únicamente puede ser acordada por norma con rango legal⁵⁹.

⁵⁷ STEDH Gran Sala de 1 de julio de 2014, recurso 43835/2011.

⁵⁸ <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2014/07/sentencia-tribunal-eur-ddhh-velo-integral-castiga-mujeres-creencias/>

⁵⁹ STS/3^a de 14 de febrero de 2013 (recurso 4118/2011).

En la doctrina judicial laboral, sin embargo, se ponderan elementos tales como la igualdad de trato entre las personas trabajadoras y el cumplimiento de protocolos en materia de seguridad e higiene. Así, algunos pronunciamientos han considerado que no vulnera el derecho a la libertad religiosa la orden relativa a ocultar el velo islámico con la ropa de trabajo, basándose en que se trata de decisión empresarial que no se dirige únicamente a las trabajadoras islámicas además de tratarse de un medio idóneo para la satisfacción de la finalidad de cumplir con los protocolos en materia de higiene alimentaria⁶⁰. Otras resoluciones han considerado lesiva la orden empresarial de ejecutar la labor sin usar gorra pese a esgrimirse motivos religiosos, al considerarla atentatoria a la libertad religiosa y no causar daño ni menoscabar la imagen de la empresa ni incidir en el servicio⁶¹. De forma indudable, nuevamente ha de estarse a la ponderación de la afectación al derecho fundamental en liza de la restricción empresarial en el uso de distintivos o símbolos religiosos.

c) La expresión de género.

La expresión de género ha sido definida por la doctrina constitucional de conformidad con el concepto consagrado en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, como *“el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética”* -STC 67/2022-) se vincula estrechamente al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), como lo hacen la imagen física en términos generales, la voz o el nombre de las personas, *“definidos en la STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3, como atributos característicos, propios e inmediatos de una persona, y como cualidades “definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”* (STC 67/2022).

En relación con estos atributos, admite el Tribunal Constitucional que no se ha abordado la cualidad de la imagen física o de la apariencia física, *“como imagen externa de cada individuo que permiten identificarlo”*. Por ello clarifica que superando la consideración tradicional de que el derecho a la propia imagen concede a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación (STC 158/2009, de 25 de junio), es preciso entender que el derecho a la propia imagen integra no solo el control sobre su captación y reproducción, sino también la facultad de definición de esa imagen que nos identifica y nos hace reconocibles frente a los demás, como forma de expresión, además, del libre desarrollo de nuestra personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad de que somos titulares como seres humanos (art. 10.1 CE). Se considera con ello ampliada la previsión expresa del derecho a la propia imagen en el art. 18.1 CE a la definición de la propia apariencia física, en el sentido atribuido a este derecho por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 28 de octubre de 2014, asunto Gough c. Reino Unido; de 1 de julio de 2014, asunto S. A.S. c. Francia). Asimismo, por lo que respecta a la identidad de género como causa de discriminación prohibida y su proyección en el ámbito laboral, se considera incluida dentro de una de las causas de interdicción de discriminación del artículo 14 de la Constitución, como *numerus apertus*⁶².

⁶⁰ SSTSJ La Rioja de 22 de junio de 2017 (recursos 178/2017, 349/2017 y 351/2017).

⁶¹ STSJ Baleares de 9 de septiembre de 2022 (recurso 390/2002), en que se acreditó que el uso de gorra era consecuencia de su ejercicio de la libertad religiosa como miembro de la comunidad israelita de Mallorca y practicante de la religión judía.

⁶² STC 81/2024, de 3 de junio de 2024, recurso 3819/2020 (ROJ: STC 81/2024 - ECLI:ES:TC:2024:81).

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entorno a la identidad de género, a partir de las sentencias de los casos *Goodwin c. Reino Unido* e *I. c. Reino Unido*, ambas de 11 de julio de 2002, se ha basado en el respeto a la vida privada y familiar prevista en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como en su artículo 14 que regula el principio general de no discriminación, si bien no contempla el motivo de orientación sexual o la identidad de género como causa de violación del mismo. Su doctrina se ha centrado en las obligaciones negativas y positivas de los Estados en aras a proteger la autonomía personal, la libertad y la dignidad humana de quienes ejercitan tal derecho, considerando que se puede exigir razonablemente que la sociedad acepte ciertos inconvenientes con el fin de permitir a las personas que vivan en la dignidad y respeto, conforme a la identidad sexual que hayan elegido a costa de grandes sufrimientos. Asimismo, constata la evolución de la ciencia y la sociedad, reconociendo el derecho a que coincidan la identidad sexual física y la de los documentos oficiales. De particular relevancia es la apelación por el Tribunal al derecho al respeto a la autodeterminación sexual como uno de los aspectos del derecho al respecto a la vida privada, a partir del caso *Van Kück vs. Alemania*, del 12 de junio de 2003, un año después de los casos *Goodwin e I. vs. Reino Unido*⁶³. En el ámbito de las obligaciones positivas estatales, que salvaguarden no únicamente el derecho sino asimismo la libertad de autodeterminación, protegiendo el espacio íntimo de las injerencias de los poderes públicos o de terceros, constituye un avance la STEDH del caso *Hämäläinen vs. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, si bien reconociendo un amplio margen de apreciación estatal dada la falta de consenso en la materia⁶⁴.

En suma, tratándose la estética personal de manifestación, en ocasiones, de la identidad de género (la doctrina constitucional cita como rasgos de ésta el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética), la injerencia en la misma por parte de la empresa no sólo podría afectar al derecho a la propia imagen sino también a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad o libertad de autodeterminación.

d) La prohibición de discriminación.

Dentro de la prohibición de discriminación por apariencia, se abordará el estudio de ésta en sentido estricto, así como la discriminación por razón de sexo o género a que la imposición de determinada indumentaria puede dar lugar.

- Aspectismo o discriminación por apariencia.

La discriminación por apariencia física o aspectismo resulta una de las formas de discriminación más invisibilizadas, y sin embargo más presentes, en el ámbito laboral, pese a que existan movimientos crecientes que abogan por la neutralidad corporal. Y ello es particularmente relevante en los ámbitos laborales en que la imagen proyectada al exterior por las personas trabajadoras es considerada como un bien patrimonial o elemento definitorio por la empresa, lo que determina que, además de en el acceso a la prestación laboral, durante su desarrollo resulte uno de los elementos de discriminación que determinan la adopción de decisiones sobre promociones, ascensos, o extinciones laborales. El modelo estético hegemónico imperante en nuestra sociedad determina asimismo que la discriminación basada en pretextos estéticos (tales como la gordofobia), que afecta al cruzarse con estereotipos de género, raciales, xenofóbicos o

⁶³ Martínez de Pisón Cavero, J. M. "La identidad de género en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *AFD*, 2022 (XXXVIII), pp. 105-136, ISSN: 0518-0872

⁶⁴ Particular relevancia ha tenido el reconocimiento oficial de la nueva identidad de género en los supuestos en que la edad de jubilación varía en función de aquél (casos *Grant vs. Reino Unido*, de 23 de mayo de 2006, y *Schlumpf vs. Suiza*, de 8 de enero de 2008), si bien resulta materia que excede del objeto del presente estudio.

clasisitas a grupos sistemáticamente víctimas de otros modos de discriminación, haya comportado una restricción sistemática de su acceso o permanencia en el empleo.

Un reciente estudio sobre discriminación racial en el acceso al empleo en Europa, realizado por investigadore/as del Laboratorio sobre Discriminación y Desigualdad de la Universidad Carlos III de Madrid (D-Lab), la Universidad de Ámsterdam, el Centro de Ciencias Sociales de Berlín (WZB) y el Centro Alemán de Investigación sobre Integración y Migración (DeZIM), publicado en la revista académica *Socio-Economic Review*⁶⁵ concluyó que la creencia extendida de que la discriminación en Europa tiene bases fundamentalmente culturales es una creencia errónea, por cuanto el fenotipo (apariencia racial) es un factor que afecta a las oportunidades laborales, y por tanto vitales, de las personas de ancestro no europeo con una intensidad comparable, si no superior, a la que tienen los factores religiosos y culturales⁶⁶. A tal efecto, se midió la probabilidad media de que las empresas se interesasen por lo/as solicitantes con la característica que se pretendía estudiar frente a interesarse por solicitantes curricularmente idénticos pero que no poseyesen dicha característica, registrando las respuestas de casi trece mil empresas europeas a otras tantas solicitudes de empleo ficticias en tres países de la UE, Alemania, Países Bajos y España, que fueron escogidos porque en los mismos es práctica habitual que los currículos laborales incluyan una fotografía del candidato/a; y ello ponderando que la mayor parte de los estudios sobre discriminación racial en la contratación hasta la fecha procedía de países anglosajones, donde de forma paradójica el uso de fotografías en las solicitudes de empleo está prohibido por ley (EE.UU, Canadá, Gran Bretaña, Nueva Zelanda) o desaconsejado en la práctica (Australia). El uso de fotografías permitió que se investigase el papel del fenotipo y el ancestro étnico como desencadenantes potencialmente distintos de la discriminación en el acceso al empleo; concluyendo el estudio el fenotipo importa en los tres países del experimento, siendo su impacto neto significativamente mayor en los países del norte que en España.

La invisibilización de la discriminación por apariencia tanto a nivel legislativo⁶⁷ como en la práctica forense llega a tal punto que, pese a que los organismos internacionales subrayan lo creciente del fenómeno de la discriminación por aspectismo, la litigiosidad de este tipo de asuntos es prácticamente inexistente. Se ha afirmado doctrinalmente que esta escasez de conflictividad judicial puede ser motivada por la falta de un respaldo normativo claro y por la percepción de las personas trabajadoras de la escasa posibilidad de éxito de sus reclamaciones; acercándose el estudio de estas cuestiones frecuentemente a un análisis o un derecho de casos, por la ausencia de una construcción teórica sólida de los tribunales en aquellos asuntos en los que se han pronunciado⁶⁸.

En la práctica judicial sí han sido abordados supuestos en que se restringía el acceso a la prestación laboral debido al determinado rasgo físico, lo que resultaría subsumible en el aspectismo o discriminación por apariencia (si bien sin otorgarle este nomen iuris),

⁶⁵ <https://academic.oup.com/ser/article/21/3/1551/7086060?login=false>

⁶⁶ Se concluye en el estudio citado que al ignorar el papel del fenotipo, las investigaciones precedentes han sobrestimado con toda seguridad el papel de los factores culturales, afirmándose que *“si todos los nuevos europeos descendientes del Magreb y Oriente Próximo fueran “invisibles” (es decir, tuvieran fenotipo blanco), la discriminación laboral contra esta minoría se reduciría drásticamente en Europa”*.

⁶⁷ La discriminación por apariencia no es mencionada como factor odioso ni en el artículo 24 de la Constitución ni en el artículo 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación; si bien se entiende incluido en la cláusula general contenida en ambos preceptos.

⁶⁸ Arrúe Mendizábal, Marta. “El derecho a la propia imagen de los trabajadores”. Editorial Aranzadi, 1ª edición septiembre 2019.

considerándose que de no encontrarse justificado por exigencias razonables o de seguridad y salud relativas a la relación laboral resultarían restricciones desproporcionadas⁶⁹.

Respecto a la discriminación por el sobrepeso o gordofobia, no resulta frecuente su denuncia en el ámbito judicial. La doctrina jurisprudencial europea, a la que se le sometió la cuestión de si el Derecho de la Unión prohíbe de manera autónoma las discriminaciones por motivo de obesidad), respondió que el Derecho comunitario no prohíbe las discriminaciones por razón de obesidad, y que no procede ampliar el ámbito de la Directiva más allá de su listado tasado (motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo); y en relación a si la obesidad podía considerarse como «discapacidad» a efectos de la Directiva), concluyó que la incapacidad profesional cubre tanto la imposibilidad, como la «dificultad», por lo que solo podría incluirse como «discapacidad» a efectos de la Directiva, cuando la obesidad del trabajador acarrearía una limitación sustancial con doble alcance, que: a) pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y b) Si esta limitación fuera de larga duración, incumbiendo el examen de si concurre esta doble condición a la jurisdicción nacional⁷⁰. Asimismo, a nivel interno se ha negado que tenga la condición de factor de discriminación, por entenderse que sería en su caso subsumible como forma de alteración de la salud⁷¹.

- Discriminación por razón de sexo o género.

La doctrina jurisprudencial ha evolucionado en la aplicación de la perspectiva de género -no obstante no otorgarle este nomen iuris- a los debates jurídicos en que se planteaba la posible colisión entre la facultad empresarial a determinar el código de vestimenta y el principio de no discriminación por razón de sexo. Sin embargo, ello ha sido fruto de una profundización en la concepción de los denominados estereotipos de género, que no siempre fueron advertidos.

De este modo, la STS/4^a de 23 de enero de 2001 (recurso 1851/2000), anteriormente citada, determinó que la imposición a las mujeres trabajadoras de vestir falda se encontraba dentro de las facultades empresariales, y aunque la posterior STS/4^a de 19 de abril de 2011 (recurso 16/2009), concluyó que la imposición de vestir las mujeres falda, delantal y cofia constituía una discriminación por razón de sexo, lo fue por entender que la imposibilidad de optar por vestir pijama sanitario frente al uniforme de falda, delantal con peto y cofia, resulta discriminatoria por contener ilícita distinción entre hombres y mujeres y no permitir a éstas la utilización de la prenda de uniforme que utilizan los hombres en las mismas dependencias y con las mismas categorías (el pijama sanitario). Ahora bien, en relación a idéntico uniforme, se concluye que no afecta a la dignidad de la trabajadora o a la intimidad, utilizando al efecto una argumentación que refleja el recurso a los estereotipos de género o a la perpetuación de una determinada imagen social⁷², lo que, si bien no fue objeto de planteamiento, podría haber colisionado con el derecho a la no

⁶⁹ La STSJ Catalunya (Sala Contencioso-Administrativa) de 7 de enero de 2003 (recurso 155/1998) consideró desproporcionada la exclusión como candidato a Mosso d'Esquadra de persona que presentaba cicatrices, pese a oponerse por la empleadora que ello podía favorecer su identificación.

⁷⁰ STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13.

⁷¹ STSJ Valencia de 9 de mayo de 2012 (recurso 823/2012). Concluye que el sobrepeso que no puede ser considerado una forma de discriminación, por cuanto a la misma no se refiere la normativa y no concurre una segregación histórica.

⁷² Se argumenta en esta sentencia: *"pues la utilización de la falda en dimensiones normales no solo está socialmente como algo absolutamente corriente, sino que incluso se vincula en ocasiones con tradicionales o históricas ideas de elegancia femenina, cuando, por otra parte, y en relación con ello, no hay exhibición física inadecuada o excesiva que no sea total y absolutamente normal desde el punto de vista de nuestros usos sociales"*.

discriminación por razón de género precisamente por el ligamen de la vestimenta con la concepción social de la misma en relación al sexo femenino (*“elegancia femenina”*)⁷³.

La citada STSJ Madrid de 3 de junio de 2015 (recurso 663/2014), si bien no dirime sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo en relación al maquillaje impuesto a la trabajadora, reflexiona sobre la posibilidad de exigir una “uniformidad o una apariencia adecuada conforme a los usos sociales (evitando, vgr., ropas, accesorios o maquillajes impropios)”, considerando que la imposición del maquillaje incidía en un aspecto relacionado claramente con la imagen más básica de la persona. Nuevamente nos encontramos ante la alusión a los usos sociales que en su ponderación en fase de enjuiciamiento debe verse liberada de estereotipos por razón de género que determinen la vulneración del principio de igualdad por tal motivo. Dicho de otro modo, la alusión a los usos sociales además de deber ser acorde a la evolución social debe respetar la conformidad al principio de igualdad por razón de género, evitando que determinada imagen ligada a la imagen tradicional de los diferentes sexos determine que se considere una determinada restricción o imposición empresarial en materia de apariencia acorde a la necesidad empresarial. Será ésta, y no así la adecuación a los usos sociales, la que sometida al triple juicio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, determinará la conclusión sobre la conformidad a derecho de tal restricción o imposición.

Las resoluciones judiciales muestran la frecuencia a alusiones de tales concepciones estereotipadas al tratar sobre la estética personal de hombres y mujeres. En el primer caso, varones, por lo que respecta a la barba, perilla y/o bigote que, tal como se ha analizado anteriormente, se considera ligado a condiciones de salud e higiene personal, muy frecuentemente de forma estereotipada y sin análisis del supuesto concreto; o en relación a la longitud del pelo o uso de coleta por varones⁷⁴. En el segundo caso, mujeres, con especial énfasis en el maquillaje o el uso de tacones, nuevamente elementos que proyectan una determinada estética de carácter estereotipado, que no deben obstar a la ponderación del concreto supuesto enjuiciado.

Entre las mentadas resoluciones, se ha considerado discriminatoria por razón de sexo la exigencia de uso de zapatos de tacón a las trabajadoras, permitiéndose a los varones el uso de zapato plano, lo cual, aplicando la doctrina anteriormente aludida, se considera un componente de distinción vinculado al sexo de las trabajadoras que al resultar obligatorio para ellas y no permitírseles que calcen zapatos sin tacón que sí utilizan los hombres de su misma categoría, supone una actitud empresarial que no resulta objetivamente justificada y por ello discriminatoria, al proyectarse por la empresa al exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual de los organismos públicos, lo que también pone de manifiesto que no resulta proporcional la medida en relación con el derecho de igualdad y no discriminación, ni es necesaria, pues si se concediera por la empresa, actuación empresarial que se considera aún más gravosa teniendo en cuenta que hombres y mujeres realizan idéntica

⁷³ Adviértase la descripción de género contenida en la STC 67/2022: *“define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género”*.

⁷⁴ La STC 120/1996 anula la sanción por incumplimiento del principio de legalidad (el comportamiento sancionado fue *“llevar el pelo más largo de lo correcto e incluso recogido habitualmente en forma de «coleta»”*), considerándose no quedaría comprendido en el precepto sancionador.

La STSJ Sala Contencioso-Administrativa de Madrid de 21 de diciembre de 2012 (recurso 430/2009), anula la resolución recurrida por vulneración del principio de legalidad. En la misma (orden de jefatura de policía local reguladora de la uniformidad e imagen personal) se aludía a determinadas concepciones estereotipadas (sin otorgarles este nomen iuris), distinguiendo sobre el pelo de varones y mujeres.

tarea en posición de bipedestación y que el uso de tacones altos es innecesario y no solo no aporta ningún beneficio ni ventaja, sino por el contrario puede perjudicar la salud de las trabajadoras dado que si les resultan incómodos, la incomodidad puede traducirse en cansancio cuando llevan varias horas de pie y en lesiones y además puede llegar a repercutir en su rendimiento y en la atención al público, por lo que se considera que la orden dada a la trabajadora por la empresa vulnera el artículo 14 de la Constitución⁷⁵. Nuevamente otorgarle este nomen iuris, la referencia a la proyección de una imagen diferenciada en función del sexo tiene por objeto los estereotipos de género considerados contrarios al derecho a la igualdad⁷⁶.

Se trata de una materia en que el casuismo impide llegar a conclusiones unívocas, debiendo estarse a las concretas circunstancias para efectuar el juicio de ponderación, que en todo caso, conviene insistir, ha de estar libres de estereotipos o expectativas de género⁷⁷. Precisamente la presencia de éstos en determinadas reglas de uniformidad han determinado pronunciamientos sobre la concurrencia de discriminación directa⁷⁸.

e) La protección de datos. Especial referencia a los datos biométricos.

El trabajo a distancia o teletrabajo, sistema de organización que se ha visto incrementado en los últimos años, particularmente a raíz de la pandemia Covid-19 pero asimismo por el avance de las nuevas tecnologías, entraña un riesgo para la preservación de la propia imagen que se ve fuertemente comprometida cuando la ejecución de la labor profesional requiere una exposición del propio aspecto personal a quienes se relacionan con la empresa o institución por cuenta de la que se prestan tales servicios. Asimismo, supone un riesgo para el derecho a la protección de datos, particularmente de naturaleza biométrica, por cuanto la configuración de la tutela del derecho a la propia imagen forma parte de la protección legal de los datos personales que establece el artículo 18.4 de la Constitución, dado que la imagen grabada es un dato propio de la identidad de la persona.

⁷⁵ STSJ, Social sección 3 del 17 de marzo de 2015, recurso 931/2014 (ROJ: STSJ M 5341/2015 - ECLI:ES: TSJM: 2015: 5341), en supuesto en que constaba que el uniforme femenino del puesto de trabajo de la actora incluye una blusa que se transparenta, si bien no consta el tejido con el que se confecciona la ropa ni su grado de transparencia, y zapatos de tacón, siendo bajos los zapatos del personal masculino.

Si bien se concluye que la exigencia de zapatos de tacón a las trabajadoras, frente a los varones, es discriminatoria, no se considera así en el caso de la blusa del uniforme, por cuanto “no se ha practicado una prueba plena, cuya carga correspondía a la trabajadora, respecto del grado de transparencia ni constan quejas de otras trabajadoras y tampoco hay constancia de cuál sea el tejido utilizado para las camisas de los varones, ni si se transparentan o no, por lo que no podemos concluir que se trate de una prenda que atente contra la dignidad o que sea sexista”.

Asimismo, se apostilla que *“la declaración del carácter discriminatorio de las diferencias entre el calzado de los trabajadores y las trabajadoras, no significa que no se considere totalmente digno el uso de zapatos de tacón por parte de aquellas otras trabajadoras que puedan encontrarse cómodas con él, siendo lo determinante que la empresa dé la opción por la utilización de zapatos de iguales características que los de los uniformes de los varones y no imponga a las trabajadoras por razón de género uniformes que puedan resultar inadecuados”*.

⁷⁶ SSTEDH de 12 de marzo de 2012 (Konstantin Markin c. Rusia) y de 25 de julio de 2017 (Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal).

⁷⁷ La STSJ Catalunya de 13 de febrero de 2023 (recurso 4507/2022), en que se concluyó que la imposición de llevar camisetas con determinado logo a la altura del pecho no resultaba contraria al principio de no discriminación por razón de sexo, al imponerse a la totalidad de plantilla sin distinción de sexos, dejando sin efecto la sanción administrativa impuesta por tal causa.

⁷⁸ STSJ Catalunya 14 de diciembre de 2021 (recurso 3631/2021). Se confirma la sanción impuesta a la empresa por imponer a las trabajadoras en el manual de uniformidad, en los servicios de restauración de trenes, ciertas exigencias relacionadas con su aspecto físico que son discriminatorias. La sentencia considera que la uniformidad femenina que exige la empresa tiene un cierto componente tradicional o antiguo, que se vincula con una serie de valores próximos a una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres.

Constituye un reflejo de tal riesgo el artículo 6.2 de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia⁷⁹, al disponer que la empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con 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, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo que el tratamiento de la información facilitada estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos. Por ello, en supuestos como los mencionados resulta insoslayable que la protección de los datos de la persona trabajadora incluya los atinentes a su propia imagen conocidos como datos biométricos, cuya salvaguarda ostenta especial relevancia en la normativa y doctrina jurisprudencial europea. Si bien la doctrina judicial europea lo ha abordado desde el punto de vista de la salvaguarda de la protección de datos (al ser éste el objeto de planteamiento de las cuestiones prejudiciales sometidas a su consideración), la doctrina jurisprudencial interna lo analiza desde la óptica del derecho a la propia imagen.

Como punto de partida para su examen, el Reglamento 2016/679 (UE), de 27 de abril, General de Protección de datos remite a la legislación estatal y a la normativa convencional en el ámbito laboral; exigiendo prestar especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo. Si bien no se cita el poder de dirección ni el control empresarial, sí alude a “sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”, debiendo la empleadora informar a las personas trabajadoras sobre la finalidad del tratamiento, así como sobre el cúmulo de facultades del derecho de protección de datos. Debe advertirse que el Reglamento 2016/679 (UE) no cita el derecho a la intimidad, circunscribiéndose al derecho de protección de datos, extendiendo su ámbito a “cualquier operación”, término que la doctrina jurisprudencial europea ha considerado tiene carácter de *numerus apertus* (recogida, registro, conservación, consulta de datos)⁸⁰.

Centrando nuestro análisis en los datos biométricos, dado su ligamen con el derecho a la propia imagen, el artículo 9 del Reglamento 2016/678 (UE) impone para el tratamiento por las empresas de los correspondientes a quienes presten servicios por cuenta de aquéllas que exista consentimiento explícito de las personas interesada, debiendo protegerse el interés vital de quienes se encuentren incapacitado/as para adoptar decisiones, y exigiéndose un interés público esencial, y proporcional al objetivo perseguido, pudiendo utilizarse los datos para fines de medicina preventiva, cuestiones sociales o evaluar capacidades de la persona trabajadora. Del mismo modo, el artículo 35 del citado Reglamento exige con carácter previo a la adopción de una medida que afecte a datos de la referida naturaleza que las empresas lleven a cabo una evaluación del impacto de protección de datos.

Ahora bien, cabe plantearse la ponderación a efectuar cuando la propia prestación de servicios incluya la captación de la imagen de la persona trabajadora. La STJUE de 30 de marzo de 2023 (asunto C-34/2021)⁸¹ analiza la utilización de datos biométricos por medio de conexión al servicio de videoconferencia del profesorado, por cuanto la norma alemana, cuya conformidad al Derecho comunitario fue cuestionada, al establecer el marco jurídico y organizativo de la enseñanza escolar durante el período de pandemia de Covid-19, estableció la posibilidad de que los alumnos

⁷⁹ Ley 10/2021, de 9 de julio de 2021 de trabajo a distancia (BOE de 10 de julio de 2021).

⁸⁰ STJUE 4 de mayo de 2023, Österreichische Datenschutz-behorde y CRIF, C-482/21.

⁸¹ STJUE de 30 de marzo de 2023, recurso C-34/21.

que no pudieran estar presentes en clase asistieran en directo a las clases por videoconferencia si era consentido por ello/as o por sus progenitores en caso de ser menores de edad, si bien no se prescribió el consentimiento de los docentes a su participación en dicho servicio. El Comité Principal del Personal Docente del Ministerio de Educación y Cultura del Estado Federado de Hesse interpuso un recurso ante el Verwaltungsgericht Wiesbaden (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden, Alemania) censurando que la difusión en directo de las clases por videoconferencia no estuviera supeditada al requisito del consentimiento de los docentes implicados. El Ministro de Educación y Cultura del Estado Federado de Hesse, por su parte, alegó que el tratamiento de datos personales que constituye la difusión en directo de las clases por videoconferencia estaba cubierto por el artículo 23, apartado 1, primera frase, de la HDSIG, de modo que podía realizarse sin solicitar el consentimiento del docente implicado. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden indicó a este respecto que, de conformidad con la voluntad del legislativo del estado federado de Hesse, el artículo 23 de la HDSIG y el artículo 86 de la HBG pertenecen a la categoría de las «normas más específicas» que los Estados miembros pueden establecer, de conformidad con el artículo 88, apartado 1, del RGPD, para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral; si bien dicho órgano jurisdiccional alberga dudas en cuanto a la compatibilidad del artículo 23, apartado 1, primera frase, de la HDSIG y del artículo 86, apartado 4, de la HBG con las exigencias impuestas por el artículo 88, apartado 2, del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD).

Adviértase que precisamente en este último texto normativo reside la relación entre el derecho a la protección de datos y el de la propia imagen, por cuanto dispone el citado precepto (art. 88.2 RGPD) que las normas establecidas sobre la base de su artículo 88, apartado 1, incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo. Precisamente lo cuestionado ante el TJUE fue si la normativa estatal⁸² constituía una norma más específica a efectos del apartado 1 del artículo 88 del RGPD. La resolución del TJUE argumenta que tales normas no pueden limitarse a reiterar las disposiciones del referido Reglamento, sino que deben tener por objeto la protección de los derechos y libertades de los trabajadores en relación con el tratamiento de sus datos personales en el ámbito laboral e incluir medidas adecuadas y específicas destinadas a proteger la dignidad humana, los intereses legítimos y los derechos fundamentales de los interesados; y es esta última referencia la que estimamos ostenta particular relevancia en relación al derecho a la propia imagen, si bien conviene advertir que no fue objeto de planteamiento ante el TJUE. Ello no obstante, la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas arroja luz sobre la protección de ésta a través de la de los datos biométricos. Y ello por cuanto, tal como recuerda la STJUE que venimos comentando, los capítulos II y III del RGPD enuncian, respectivamente, los principios que regulan el tratamiento de los datos personales, así como los derechos de la persona afectada que todo tratamiento de tales datos debe respetar⁸³.

El Estado alegó que pertenecía a la categoría de “normas más específicas” que los Estados miembros pueden establecer (art. 88.1 RGPD) para garantizar la protección de los derechos y

⁸² La norma estatal permitía el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras a efectos de la relación laboral “*si es necesario para la decisión sobre el establecimiento de una relación laboral o, tras el establecimiento de ésta, para su aplicación, rescisión o resolución, así como para la aplicación de medias internas de planificación, organización, de naturaleza social o de personal*”.

⁸³ En relación a esta materia, STJUE de 24 de febrero de 2022, C-175/20, EU:C:2022:124).

libertades en relación con el tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras en el ámbito laboral. Sin embargo, el TJUE respondió a las cuestiones prejudiciales concluyendo que el artículo 88 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional no puede constituir una «norma más específica», a los efectos del apartado 1 de dicho artículo, en caso de que no cumpla las condiciones impuestas en el apartado 2 del referido artículo. Asimismo, estableció que el citado precepto, artículo 88, apartados 1 y 2, del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que la aplicación de disposiciones nacionales adoptadas para garantizar la protección de los derechos y libertades de los trabajadores en cuanto se refiere al tratamiento de sus datos personales en el ámbito laboral deberá excluirse cuando esas disposiciones no respeten las condiciones y los límites establecidos por el citado artículo 88, apartados 1 y 2, a menos que dichas disposiciones constituyan una base jurídica contemplada en el artículo 6, apartado 3, de dicho Reglamento que cumple las exigencias establecidas en este.

Dentro de la doctrina judicial interna, la cuestión atinente a la captación de datos biométricos para fines de desarrollo de la actividad laboral es tratada en el ámbito del derecho a la propia imagen. Al respecto, cabe citar la STC 99/1994, que consideró que el primer elemento a salvaguardar en el ámbito del derecho a la propia imagen es el “*interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico*”, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. En este contexto, continúa afirmando la doctrina constitucional, la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél⁸⁴.

Ahora bien, las facultades organizativas imponen que tal análisis se efectúe basándose en el previo consentimiento de la persona trabajadora, así como en la necesidad para el desarrollo de la actividad laboral de tal cesión. De no haber mediado el citado consentimiento, y no venir impuesta la restricción del derecho fundamental por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, la doctrina constitucional subraya que no es suficiente la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. Y ello por cuanto los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, por lo que resulta necesario acreditar que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés de la persona trabajadora y el de la organización en que se integra.

⁸⁴ STC 99/1994, de 11 de abril de 1994, en que con motivo de la muestra de un producto (jamón ibérico) a los medios de comunicación y autoridades autonómicas de la Consejería de Agricultura para la presentación de la denominación de origen del jamón de bellota, fabricado por la empresa en la que prestaba sus servicios el solicitante de amparo, éste fue reiteradamente requerido por aquélla para que realizara el corte de jamón dada su destreza en dicho cometido. Requerimiento al que se negó el aquí recurrente, alegando que bajo ningún concepto deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente, por lo que la empresa procedió a despedirle.

Contra dicha decisión, interpuso demanda por despido, que fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz. Recurrída en suplicación, se dictó por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura Sentencia el 12 de febrero de 1990, en la que se desestimó el recurso interpuesto, por considerar que la presentación ante los medios de comunicación y las autoridades autonómicas del producto de la demandada constituía un acaecimiento público en el que el recurrente era parte accesoria del mismo y, por consiguiente, su conducta, libre de toda exculpación, caía de lleno en la indisciplina o desobediencia. Interpuesto recurso de amparo, el mismo fue estimado por concluirse sobre vulneración del derecho a la propia imagen del trabajador.

Por ello, la doctrina constitucional exige que se acredite la la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador -y no otro, o de otra manera- cumpliera la orden dada de ser captado fotográficamente, dadas las circunstancias concurrentes en el caso y en la empresa concreta, al afectar a un derecho fundamental del trabajador especialmente vinculado con la tutela de su esfera íntima (se menciona una necesaria “racionalidad específica” en la que la restricción del derecho de la persona trabajadora, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial⁸⁵).

En cuanto a la forma en que la persona trabajadora ha de expresar su consentimiento, la doctrina jurisprudencial había precisado que no resultaban válidas las cláusulas tipo impuestas al comenzar la relación laboral, por entenderse que no colman la exigencia legal de consentimiento pese a encontrarnos ante tiempos de “progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos”⁸⁶. Se argumentaba al respecto que siendo la persona trabajadora la parte más débil del contrato, ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental, y que dadas las circunstancias -se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo- bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario⁸⁷ de forma que la ausencia de la menor garantía en orden al consentimiento que requiere el art. 6.1 LOPT. Sin embargo, la STS/4ª de 10.04.19 (rec. 227/2017) concluyó, en conflicto colectivo en que se cuestionaba la validez de cláusula contractual que se incorporaba a los contratos y que suscribían las personas trabajadoras al inicio de la relación laboral por la que cedían su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir con el objeto del contrato, que dicha actividad estaba incluida en el ámbito funcional del convenio. Se advierte en esta sentencia que la recurrida había sido dictada cuando el Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se encontraba en período de “vacatio legis” (artículo 99 del Reglamento, que pospone su aplicación hasta el 25 de mayo de 2018), por lo que si bien ello excusa de su aplicación directa, sí obliga a interpretar la antigua normativa a la luz de los principios contenidos en las nuevas disposiciones, por lo que el Alto Tribunal toma en consideración la expuesta normativa. Sentado lo anterior, se concluye que si se trataba de la realización de funciones propias del objeto del contrato celebrado, la cláusula controvertida se limitaba a advertir al nuevo contratado de la posibilidad de tener que realizar una de las funciones propias del contrato que suscribe y, a la par que el mismo quedaba advertido de ello, prestaba expresamente su consentimiento a la cesión de su imagen, pero con una salvaguarda, de forma que la cesión de la imagen viniese condicionada a que su fin fuese cumplir con el objeto del contrato; concluyéndose que la cláusula controvertida no era abusiva, sino, más bien, informativa y a la par receptora de un consentimiento expreso que no era preciso requerir, por lo que no vulneraba el derecho a la propia imagen siempre que se ejercitase dentro de los márgenes indicados. Por ello, se considera que el consentimiento para la captación de imagen no resultaba necesario cuando los datos (imagen) se ceden en el marco de cumplimiento de contrato cuyo objeto lo requiere.

Adviértase que la diferencia entre uno y otro supuestos deriva del objeto de los contratos y en consecuencia de la prestación laboral. En cualquier caso, la restricción del derecho a la propia imagen ha de verse constreñida a los límites de salvaguarda de derechos fundamentales, esto es,

⁸⁵ STC 99/1994.

⁸⁶ STS/4ª de 21 de septiembre de 2015 (rec. 259/2014) y sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2017 (recurso 137/2017).

⁸⁷ STS/4ª de 21 de septiembre de 2015 (rec. 259/2014), con cita sobre tal extremo, aunque referido a cláusulas de temporalidad, de las SSTs 20/01/98 -rcud 317/97 -; 30/03/99 -rcud 2815/98 -; 29/05/00 -rcud 1840/99 -; y 18/07/07 -rcud 3685/05 -).

ha de entenderse como captación con fines profesionales y no disciplinarios (video-llamadas con fines de atención a la clientela), no admitiéndose la utilización de imágenes fuera del ámbito laboral, resultando exigible consentimiento específico por la empresa cuando realiza actividades promocionales, siendo irrelevante el número de clientes que utilicen la videollamada, y entendiéndose que el consentimiento ha de enmarcarse en la captación de imágenes imprescindibles para el desarrollo de la actividad laboral. Deberá aplicarse, con ello, un test de proporcionalidad que comprenda un juicio de idoneidad (medida susceptible de conseguir el objetivo propuesto), un juicio de necesidad (que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia), y uno de proporcionalidad en sentido estricto (medida ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto; minimización de datos)⁸⁸.

En este ámbito, resulta de especial interés dentro de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de protección de la vida privada referirnos a la videovigilancia en el lugar de trabajo, por cuanto la captación de imágenes sin duda interfiere en la protección del derecho a la propia imagen. Entre las resoluciones con mayor aplicabilidad práctica en nuestro ordenamiento se encuentra la STEDH, Gran Sala, de 17 de octubre de 2019 (asunto López Ribalda y otros c. España), que se había visto precedida por la de 9 de enero de 2018 en el mismo asunto. Su objeto viene constituido por la videovigilancia en el lugar de trabajo, en supuesto fáctico en que por la empresa se había procedido a la grabación de lo/as trabajadore/as como cajero/as o asistentes de ventas en una cadena de supermercados, al haberse notado descuadres de caja mensuales entre el inventario de la tienda y sus ventas, así como pérdidas durante más de cinco meses⁸⁹. Por lo que respecta a las declaraciones atinentes a nuestro ordenamiento, considera el Tribunal que el derecho Español impone informar claramente a las personas sobre el almacenamiento y tratamiento de datos personales (art.5 LOPD). Si bien una primera sentencia, de de 9 de enero de 2018, concluyó que se había vulnerado el artículo 8 del CEDH, por no haberse ponderado adecuadamente los derechos a la vida privada de lo/as trabajadore/as y a la propiedad privada de la empresa, posteriormente la Gran Sala dictó la sentencia de 17 de octubre de 2019 rectificando su anterior criterio, considerando que no había existido vulneración del artículo 8 del CEDH. Para ello, parte de considerar que si bien el objeto del art. 8 CEDH es esencialmente proteger a la persona contra la injerencia de las autoridades públicas, obliga a los Estados no sólo a abstenerse de dicha injerencia, sino, asimismo, a la adopción de medidas necesarias para garantizar el respeto por la vida privada, incluso en el ámbito de las relaciones de personas privadas entre sí⁹⁰.

⁸⁸ STC 186/2000 y 37/1998.

⁸⁹ Las cámaras fueron instaladas en algunos casos de forma visible (informándose de ello a las personas trabajadoras), y en otros de forma oculta, enfocando a las cajas (no informándose en este último supuesto a las personas trabajadoras). Tras haber sido grabado/as durante un determinado período, la empresa citó a lo/as trabajadore/as que podían ser implicado/as en los descuadres, reconociendo todo/as ello/as su participación en los hechos; por lo que fueron despedido/as disciplinariamente. Impugnados estos despidos ante la jurisdicción social, se alegó la vulneración del derecho a la intimidad, por haberse producido la videovigilancia descrita.

⁹⁰ A tal efecto, considera que son aplicables los principios establecidos en la STEDH Bărbulescu, teniendo en cuenta la especificidad de las relaciones laborales y el desarrollo de nuevas tecnologías, que pueden permitir tomar medidas cada vez más intrusivas en la vida privada de lo/as empleado/as. En definitiva, considera que han de ponderarse los siguientes extremos: a) si la persona trabajadora ha sido informada de la posibilidad de que la empresa adopte medidas de videovigilancia y de la implementación de tales medidas; b) el alcance de la videovigilancia por parte de la empresa y el grado de intromisión en la privacidad de la persona trabajadora (nivel de privacidad del área vigilada, limitaciones de tiempo y espacio, y número de personas con acceso a los resultados); c) si la empresa ha proporcionado razones legítimas para justificar la videovigilancia y el alcance de la misma; d) si hubiera sido posible establecer un sistema de videovigilancia basado en métodos y medidas menos intrusivos; e) las consecuencias de la videovigilancia para la persona trabajadora sujeta a él; y f) si la persona trabajadora ha recibido las garantías apropiadas, especialmente cuando la videovigilancia es de naturaleza intrusiva.

El Tribunal considera que es necesario distinguir, en el análisis de la proporcionalidad de una medida de videovigilancia, los diversos lugares en los que se llevó a cabo la supervisión, a la luz de la protección de la privacidad que un/a trabajador/a puede razonablemente esperar. Y se concluye que los tribunales laborales que examinaron las reclamaciones de los demandantes llevaron a cabo un ejercicio de ponderación específico entre, por un lado, su derecho al respeto de su vida privada y, por otro, el interés empresarial en asegurar la protección de su propiedad y el buen funcionamiento de la empresa, tratándose de medida justificada por una finalidad legítima y proporcionada.

IV. A modo de corolario.

Los avances sociales y tecnológicos evidencian la necesaria salvaguarda del derecho a la propia imagen de las personas trabajadoras, que han visto debilitada su protección como derecho fundamental en aras al interés empresarial. Del mismo modo, el derecho a la libre determinación y la dignidad de las personas comportan que la libertad de apariencia deba ser objeto de reforzada tutela, particularmente en aquellos supuestos en que las restricciones o limitaciones impuestas a la misma esconden o coadyuvan a la vulneración de otros derechos fundamentales estrechamente ligados a su ejercicio.

La libertad de apariencia supone un elemento configurador de la propia personalidad como elemento de proyección exterior y propia identificación, por lo que no puede concebirse un ejercicio del libre desarrollo de la personalidad que no salvaguarde aquélla. Las facultades organizativas no deben obstar al mismo, debiendo ponderarse de forma estricta las limitaciones o restricciones impuestas a aquélla en el desarrollo de la relación laboral, precisándose que su necesidad y proporcionalidad sea objeto de prueba específica, en que la ausencia de concepciones de carácter estereotipado, más propias de usos sociales superados y reminiscencias pasadas, atiendan a la realidad social del tiempo en que vivimos y al respeto a la diversidad proclamada por el artículo 22 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

ANEXO 1.- BIBLIOGRAFÍA CITADA.

- Agra Viforcós, Beatriz. "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 275, febrero 2006.
- Arrúe Mendizábal, Marta. "El derecho a la propia imagen de los trabajadores". Editorial Aranzadi, 1ª edición septiembre 2019.
- López Insúa, B. y Monereo Pérez, J. L. "Derecho a la propia imagen y a la dignidad del trabajador en el reglamento general de protección de datos. Un estudio crítico a la doctrina más reciente del TJUE". La Ley Unión Europea, nº 115, junio de 2023, edit. La Ley.
- Llop Cardenal, E. (2022). Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mayo-septiembre 2022. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 73, 1125-1167. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.73.11>
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: "Libertad religiosa y exigencias laborales (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Eweida y otros c. Reino Unido, 15 de enero de 2013). Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 195, Madrid, septiembre-diciembre (2014), págs. 171- 195.
- Martínez de Pisón Cavero, J. M. "La identidad de género en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". AFD, 2022 (XXXVIII), pp. 105-136, ISSN: 0518-0872
- Monereo Pérez, J. L. "La prohibición unilateral por el empleador, con carácter general e indiferenciada, de uso visible de símbolos vinculados a "convicciones religiosas, filosóficas o espirituales": requisitos y límites derivados del principio fundamental de no discriminación directa o indirecta". Revista de Jurisprudencia laboral, nº 9/2022.
- Sala Franco, T. "La jurisprudencia existente acerca de la indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo". LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, vol. 2 número 1 (2021).

ANEXO 2.- SENTENCIAS ANALIZADAS.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13.
STJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/15.
STJUE de 15 de julio de 2021, C-804/18 y C-341/19.
STJUE de 24 de febrero de 2022, C-175/20.
STJUE de 13 de octubre de 2022, S. C. R. L., C-344/20.
STJUE de 30 de marzo de 2023, recurso C-34/21.
STJUE 4 de mayo de 2023, Österreichische Datenschutz-behorde y CRIF, C-482/21.
STJUE de 28 de noviembre de 2023 (C-148/22).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 16 de diciembre de 1992 (asunto Niemietz c. Alemania).
STEDH de 16 de abril de 2009 (asunto Egeland and Hanseid c. Noruega).
STEDH de 28 de mayo de 2009 (asunto Bigaeva c. Grecia).
STEDH de 19 de octubre de 2010 (asunto Özpınar c. Turquía).

STEDH de 12 de marzo de 2012 (Konstantin Markin c. Rusia)
STEDH Gran Sala de 1 de julio de 2014, recurso 43835/2011.
STEDH de 25 de julio de 2017 (Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal).
STEDH de 9 de enero de 2018 y STEDH Gran Sala, de 17 de octubre de 2019 (asunto López Ribalda y otros c. España).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 38/1981, STC 73/1982, STC 120/1983, STC 19/1985, STC 88/1985; STC 170/1987; STC 137/1988, STC 6/1988; STC 129/1989, STC 126/1990, STC 99/1994, STC 120/1996, STC 186/2000, STC 156/2001, STC 176/2013, STC 19/2014, STC 18/2015, STC 27/2020, STC 67/2022, y STC 79/2023.

TRIBUNAL SUPREMO

SALA PRIMERA

STS/1ª de 27 de septiembre de 2021 (recurso 199/2020).

SALA TERCERA

STS/3ª de 14 de febrero de 2013 (recurso 4118/2011).

SALA CUARTA

STS/4ª de 26 de diciembre de 1990 (número 9976/1990).

STS/4ª de 23 de enero de 2001 (recurso 1851/2000).

STS/4ª de 19 de abril de 2011 (recurso 16/2009).

STS/4ª de 21 de septiembre de 2015 (recurso 259/2014).

STS/4ª de 10 de abril de 2019 (recurso 227/2017).

STS/4ª de 12 de marzo de 2024 (recurso 27/2022).

AUDIENCIA NACIONAL (SALA SOCIAL)

Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2017 (recurso 137/2017).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

SALA SOCIAL

STSJ Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 1996 (recurso 355171995).

STSJ Catalunya de 8 de enero de 1998 (recurso 6148/1997).

STSJ Catalunya de 3 de diciembre de 1999 (recurso 5414/1999).

STSJ Madrid de 18 de abril de 2001 (recurso 1405/2001)

STSJ Madrid de 7 de mayo de 2002 (recurso 892/2022).

STSJ Catalunya 10 de junio de 2009 (recurso 667/2009).

STSJ Valencia de 9 de mayo de 2012 (recurso 823/2012).

STSJ Madrid de 16 de noviembre de 2012 (recurso 5519/2012).

STSJ Madrid de 17 de marzo de 2015 (recurso 931/2014).

STSJ Madrid de 3 de junio de 2015, recurso 663/2014.

SSTSJ La Rioja de 22 de junio de 2017 (recursos 131/2017, 132/2017 y 133/2017).

STSJ Canarias (Las Palmas) de 29 de junio de 2020 (recurso 63/2020).

STSJ Catalunya 14 de diciembre de 2021 (recurso 3631/2021)

STSJ Galicia de 27 de junio de 2022 (recurso 2871/2002).

STSJ Baleares de 9 de septiembre de 2022 (recurso 390/2002).

STSJ Catalunya de 13 de febrero de 2023 (recurso 4507/2022),

SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

STSJ Catalunya de 7 de enero de 2003 (recurso 155/1998).
STSJ Madrid de 21 de diciembre de 2012 (recurso 430/2009).