

LAS INTROMISIONES EN EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN
EL ÁMBITO LABORAL

INTRUSIONS IN THE RIGHT TO OWN IMAGE IN THE WORKPLACE

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 234-251



Pedro
CHAPARRO
Eduardo E.
TALENS

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de julio de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2012

RESUMEN: El derecho a la propia imagen en el ámbito laboral viene marcado por la especial relación de subordinación que ostenta el empleado respecto del empresario, pero ello no justifica la adopción por parte de éste de cualquier tipo de medida que pueda afectar a dicho derecho. El propósito de este estudio es analizar los casos más frecuentes de lesión del derecho a la propia imagen en el ámbito laboral, especialmente los consistentes en la utilización de sistemas de vídeo-vigilancia, la imposición al trabajador de una determinada apariencia física externa y la obligación de vestir un uniforme concreto.

PALABRAS CLAVE: Trabajador, empresario, derecho a la propia imagen, sistemas de vídeo-vigilancia, uniforme.

ABSTRACT: The right to self-image at work is marked by the special relationship of subordination that links the employee and employer, but this does not justify the adoption by it of any action that may affect this right. The purpose of this study is to analyze the most frequent cases of infringement of the right to own image in the workplace, especially those involving the use of video-surveillance systems, the imposition to the worker of a particular external physical appearance and the obligation to wear a specific uniform.

KEY WORDS: Employee, employer, right to own image, video-surveillance systems, uniform.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen.- III. El derecho a la propia imagen en el ámbito laboral: especialidades y regulación.- IV. Limitaciones al derecho del trabajador a su propia imagen.- 1. En la fase de selección de trabajadores.- 2. Durante la ejecución del contrato de trabajo.- A) El control del empresario: el establecimiento de sistemas de vídeo-vigilancia.- B) Limitaciones a la elección por el trabajador de su apariencia física externa.- C) Limitaciones a la elección del trabajador de su vestuario: especial referencia a la utilización de uniformes en el trabajo.- D) El uso de la imagen del trabajador a efectos comerciales o promocionales.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Una de las cuestiones que adquieren más importancia en el seno de una relación laboral empresario-trabajador es la relativa al alcance del derecho fundamental a la propia imagen en el marco de un contrato de trabajo. En efecto, ocurre en la realidad de la empresa que, en determinadas ocasiones, los empresarios llevan a cabo prácticas que, amparadas en los poderes de dirección previstos en el art. 20 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), pueden potencialmente violar el derecho a la propia imagen de los trabajadores.

En la actualidad, la aguda crisis económica que azota a la economía internacional y, en particular, a la española, está motivando la adopción por parte de los empresarios de medidas encaminadas a comprobar la productividad de sus trabajadores, como es el establecimiento de sistemas de vídeo-vigilancia. Sistemas que no siempre son compatibles con el respeto al derecho a la propia imagen de los trabajadores.

La cuestión estriba, por tanto, en determinar si esos poderes de dirección justifican en todo caso las medidas adoptadas por el empresario o si, por el contrario, encuentran algún límite en el derecho fundamental a la propia imagen de los trabajadores.

El objeto de este estudio es, por tanto, realizar un análisis de las distintas intromisiones que pueden producirse en el derecho a la propia imagen del trabajador;

• **Pedro Chaparro Matamoros** es Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Ha publicado hasta la fecha 10 artículos científicos en revistas indexadas, entre otras, Diario La Ley, Revista de Derecho Patrimonial y Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Ha participado, además, en 3 obras colectivas (dos de ellas publicada en Aranzadi y otra en Colombia) y en el manual de Derecho Civil II (Tirant lo Blanch).

• **Eduardo Enrique Talens Visconti** es también Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Ha publicado igualmente diversos artículos doctrinales en revistas indexadas (Diario La Ley, Estudios Financieros) y ha participado en 3 obras colectivas (una de ellas publicada en Colombia), destacando su participación en la obra "Tratado sobre la Morosidad", de la editorial Aranzadi.

tanto en fases anteriores al contrato de trabajo (como sería la fase de selección de trabajadores), como durante la ejecución del mismo.

Pero, antes que nada, procede detenerse brevemente en el concepto constitucional del derecho a la propia imagen, para delimitar su contenido respecto a derechos íntimamente relacionados con aquél, como son el derecho al honor y el derecho a la intimidad, proclamados todos ellos en el art. 18.1 de la Constitución Española (CE, en adelante).

II. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

Muchas han sido, desde antiguo, las dificultades existentes para perfilar el concepto de este derecho respecto a los derechos al honor y, especialmente, a la intimidad¹. Y es que la autonomía del concepto del derecho a la propia imagen siempre ha sido una cuestión discutida y sobre la que no ha existido unanimidad en la doctrina².

Con todo, en nuestros días la cuestión de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen se encuentra ya superada³. A ello contribuyó, de manera decisiva, que el Tribunal Constitucional se pronunciara expresamente sobre la cuestión.

1 La autonomía del derecho a la propia imagen respecto al derecho a la intimidad ha tenido el inconveniente de que en la práctica, y por regla general, las lesiones que se han producido de la intimidad han derivado de la publicación de fotografías de las personas, en las que se observaban aspectos íntimos de su vida privada o familiar. Por tanto, esta íntima relación entre ambos derechos dificultó sobremanera la delimitación del ámbito de protección de cada uno de ellos.

No obstante, la STC 2 julio 2001 (RTC 2001, 156), explica claramente que "mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada".

2 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 150, explica la confusión existente con base en el "expreso reconocimiento del derecho a la propia imagen" en nuestra Constitución, "posición que contrasta con la de otros textos constitucionales, donde no existe un específico reconocimiento del referido derecho".

V. también en este sentido PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Sobre el derecho a la propia imagen (A propósito de la STCo. 170/87, de 30 de octubre)", *Revista del Poder Judicial*, núm. 10, junio 1988, p. 3 (versión del artículo en word); y SALVADOR CODERCH, P., RUBI PUIG, A. y RAMÍREZ SILVA, P.: "Imágenes veladas", *Indret*, núm. 1/2011, p. 6 (versión del artículo en pdf).

3 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", cit., p. 150, considera, con buen criterio, que "no cabe duda de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen" respecto a los derechos al honor y a la intimidad, "ya que éstos protegen bienes jurídicos distintos (el buen nombre de la persona o el ámbito de la vida, personal o familiar, que un individuo se reserva como propio y ajeno al conocimiento de los demás), sin perjuicio de que, en ocasiones, una intromisión en la propia imagen pueda suponer una injerencia simultánea en el honor o intimidad de la persona, cuya figura se representa".

MARTÍN MUÑOZ, A. J.: "El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen", *Revista de Derecho mercantil*,

Así, en la STC 26 marzo 2001 (RTC 2001, 81), el Constitucional define el derecho a la propia imagen como un derecho que “que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde”⁴.

En lo que se refiere a la autonomía del derecho a la propia imagen, el Tribunal Constitucional incide en que “En la Constitución española ese derecho se configura como un derecho autónomo”, si bien reconoce que “en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional”.

No obstante, a pesar de esa indiscutida relación, el Tribunal Constitucional diferencia los ámbitos que protegen cada uno de los citados derechos aseverando que “lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma, que afectando a la esfera personal, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, pero no íntimo”.

Se observa, por tanto, que el derecho a la propia imagen protege frente a aquellas reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera persona de un individuo, no

núm. 242, 2001, p. 1715, igualmente, considera que “el derecho fundamental a la propia imagen es un derecho individual y autónomo”, si bien “íntimamente relacionado con el derecho al honor y a la intimidad”.

4 Doctrina seguida, entre otras, por las posteriores SSTC 18 junio 2001 (RTC 2001, 139); 2 julio 2001 (RTC 2001, 156); 22 abril 2002 (RTC 2002, 83); 28 enero 2003 (RTC 2003, 14); 16 abril 2007 (RTC 2007, 72); 23 marzo 2009 (RTC 2009, 77); 29 junio 2009 (RTC 2009, 158); y 27 abril 2010 (RTC 2010, 23).

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El derecho a la propia imagen”, cit., p. 149, define acertadamente la imagen, desde una perspectiva constitucional, como “la figura humana, esto es, el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal, lo que constituye un bien de la personalidad, que es objeto de una protección constitucional autónoma (se le tutela en sí mismo, con independencia, pues, de que la reproducción de la imagen comporte, o no, una vulneración del buen nombre o de la intimidad de la persona)”.

Para DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: “El derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (Caso Cortina) y 83/2002 (Caso Alcocer)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, enero-abril 2003, p. 297, el derecho a la propia imagen “consiste en la facultad de evitar la captación y difusión incondicionada del propio aspecto físico como instrumento básico de identificación”.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “El consentimiento y el contexto jocoso del programa. Elementos clave para afirmar la inexistencia de vulneración del derecho al honor y a la propia imagen”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 719, 2010, pp. 1237-1238, por su parte, considera que el derecho a la propia imagen atribuye a su titular “la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, impidiendo la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado”.

En fin, SUÁREZ ESPINO, M. L.: “¿Qué protege el derecho fundamental a la propia imagen?”, *Diario La Ley*, núm. 7791, Sección Doctrina, 6 febrero 2012, Año XXXIII, p. 5 (versión del artículo en pdf), dice del derecho a la propia imagen que “protege a la persona del uso no consentido de su imagen y rasgos más característicos que la hagan identificable”.

lesionan su honor ni su intimidad. Por tanto, se define 'por exclusión', de suerte que en la práctica protegerá ante reproducciones de la imagen de las personas que no puedan hacerse valer por la vía del honor o de la intimidad.

En consecuencia, el derecho a la propia imagen se configura como un derecho subjetivo que protege ante la mera reproducción de la imagen por medio de un dibujo, caricatura, foto, etc.

III. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL ÁMBITO LABORAL: ESPECIALIDADES Y REGULACIÓN.

Siendo cierto lo anterior, no lo es menos que el derecho a la propia imagen en la vertiente laboral está marcado por la especial relación de subordinación que ostenta el trabajador frente al empresario⁵, lo que justifica que, en determinadas ocasiones, deba prevalecer el derecho a la libertad de empresa⁶ (un derecho constitucional de los considerados 'de menor rango'⁷). No obstante, hay que partir de la base de que el trabajador mantiene los derechos inherentes a su persona, si bien la institución del contrato de trabajo y la organización empresarial resultan, ciertamente, poco proclives al reconocimiento de aquéllos.

Como pone de manifiesto AGRA VIFORCOS⁸, esta posición de conflicto empresario-trabajador hoy se encuentra reconocida, pero no hace mucho tiempo se encontraba obviada "merced a una visión comunitaria de la empresa en la cual aquellos [derechos] correspondientes al operario quedaban diluidos en la confusión existente entre empleador y padre de familia".

5 GARCÍA ORTEGA, J.: "La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales", en DEVERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 223, señala en este sentido que "La concertación del contrato de trabajo supone para el trabajador quedar sometido al poder de dirección del empresario, poder que comprende un cúmulo de facultades necesarias tanto para llevar a cabo su actividad económica tomando decisiones en el mercado, como organizativas internas, y en concreto en materia de gestión del personal".

GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Civitas, Madrid, 1988, p. 21, advierte en el mismo sentido que "la situación de subordinación que caracteriza la relación de trabajo no puede explicarse en manifestaciones de ejercicio del poder empresarial que lesionan instancias irreductibles de libertad o intimidad".

6 La STC 15 noviembre 2004 (RTC 2004, 196) afirma en este sentido que "La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE".

7 La doctrina constitucionalista española es unánime a la hora de distinguir entre los denominados derechos fundamentales, recogidos en los arts. 14 a 29 y en el 30.2 CE, y el resto de derechos constitucionales (arts. 30 a 38 CE). Éstos últimos no ostentan la protección en amparo que el art. 53.2 CE brinda a los derechos fundamentales.

8 AGRA VIFORCOS, B.: "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo", *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 275, 2006, pp. 8-9.

En el ámbito laboral, es clásica la distinción entre aquellos derechos fundamentales específicos de la propia relación de trabajo, como por ejemplo el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) o el derecho de huelga (art. 28.2 CE); de aquellos denominados inespecíficos, es decir, los que no siendo propiamente laborales pueden ejercitarse en el seno de una relación de trabajo. Estos últimos adquieren una especial relevancia, llegando a suponer lo que se ha venido a denominar como 'laborización' de estos derechos⁹.

El derecho a la propia imagen es, por tanto, un derecho inespecífico, carácter que conduce al principal problema que podemos encontrar respecto de su protección en el ámbito laboral: al no ser un derecho específicamente laboral, carece de una regulación específica en dicho ámbito.

Para proteger este derecho se suele acudir al art. 4.2.e) ET, que incide en este aspecto al disponer que en la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad...". Del mismo modo, el art. 8.11 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) califica como infracciones muy graves "Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores".

Igualmente, el respeto al derecho a la propia imagen en el ámbito laboral suele hacerse valer también por la vía del art. 17.1 ET, que si bien no enumera en sus factores discriminatorios el aspecto externo del trabajador; la doctrina considera que el elenco contenido se fundamentaría en un *numerus apertus* que, con base en el art. 14 CE, terminaría por considerar discriminatorio el trato desigual fundado únicamente en el aspecto físico del trabajador¹⁰.

En fin, un sector de la doctrina también opta por acudir al cajón de sastre contenido en el art. 14 CE ("Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por [...] **cualquier otra condición o circunstancia personal o social**"), e incluso al artículo 10.1 CE que declara la dignidad de las personas.

9 V. entre otros ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 28 y ss.; o PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 31 y ss.

10 V. AGRA VIFORCOS, B.: "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo", cit., p. 28; o SERRA CALLEJO, J.: "La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas", *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 127, 2003, pp. 59 y 91.

IV. LIMITACIONES AL DERECHO DEL TRABAJADOR A SU PROPIA IMAGEN.

Trazado ya el marco general de normas que se refieren al conflicto aquí planteado, es momento de plantear las distintas situaciones que, en el marco del contrato de trabajo, pueden vulnerar o suponer una limitación al derecho a la propia imagen del trabajador:

Para ello, es necesario distinguir entre dos fases: a) la fase de selección de trabajadores (anterior, por tanto, al contrato de trabajo); y b) la fase de ejecución del contrato de trabajo.

I. En la fase de selección de trabajadores.

Uno de los momentos en que más claramente puede quedar lesionado el derecho a la propia imagen del trabajador es la fase de selección¹¹. En la medida en que las empresas buscan trabajadores que proyecten la imagen de la empresa (o, al menos, la imagen que la empresa quiere transmitir), el trabajador queda expuesto en esta fase a un alto riesgo de sufrir una discriminación en el acceso al empleo por su apariencia.

Se produce aquí, por tanto, un conflicto entre la libertad de empresa del empresario (en cuyas facultades de organización interna se encuentra, sin duda, la libre elección de los trabajadores que considere adecuados), y el derecho del trabajador a no sufrir discriminación en el acceso al empleo por razón de su imagen o apariencia.

La determinación de cuándo se está ante una discriminación y cuándo no, es difícil de realizar; debiéndose efectuar un análisis conjunto de los siguientes factores:

a) **La apariencia física del trabajador.** El elemento principal sobre el que debe sostenerse el análisis es la apariencia física de quien solicita el empleo. En principio, se habrá de sospechar que puede existir discriminación en el acceso al empleo cuando se está ante una persona cuya imagen puede suscitar rechazo en la sociedad, bien por no cumplir los cánones mínimos de belleza (fealdad, defectos físicos ostensibles, etc.), bien por proyectar la imagen una determinada opción política, social o cultural que no goce, en términos generales, del respaldo de la sociedad (por ejemplo, partidarios de la ultra derecha con la cabeza rapada, o personas con tatuajes, piercings, etc.).

11 AGRÁ VIFORCOS, B.: "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo", cit., p. 32, dice a este respecto que "La singular peligrosidad inherente a esta fase de conformación del vínculo jurídico-laboral deriva de constituir el ámbito donde de manera más evidente se manifiesta la supremacía del empresario y la absoluta situación de inferioridad del aspirante, mostrando claramente la insuficiencia de instrumentos legales en el ordenamiento patrio para evitar la discriminación; además, sin proteger la paridad de trato en el acceso al empleo, carecen de sentido todas las demás garantías".

Hay que poner de relieve en este punto la diferencia entre la apariencia física (en sí misma considerada) y otros motivos de discriminación que puedan tener relación con aquélla, en particular los que atienden al origen de las personas o a cuestiones religiosas. Resulta evidente que la imagen de alguien que porte motivos religiosos pertenecientes a una religión distinta del empleador puede suscitar a éste rechazo, si bien la discriminación se produciría, no en atención a la apariencia del trabajador, sino a su religión o convicciones.

b) *Los méritos que acredite el trabajador.* En efecto, otro de los elementos importantes a tener en cuenta a la hora de valorar si existe o no discriminación en el acceso al empleo es el currículum o los méritos que acredite el potencial trabajador. En atención a este criterio, se debe decir que, en principio, existirá discriminación si la empresa no selecciona a un candidato cuya imagen pueda suscitar rechazo, en favor de otro que acredite menos méritos en su trayectoria profesional.

c) *La importancia de la apariencia física del trabajador para la empresa.* Es evidente que la imagen del trabajador proyectará la imagen de la empresa en aquellas empresas cuya actividad consista en un servicio prestado de cara al público¹². En cambio, en otro tipo de empresas, como por ejemplo las del sector secundario (empresas de actividad industrial), la imagen será un elemento cuya importancia será relativa.

Es decir, no es lo mismo que quien lleve peinados extravagantes y tatuajes sea un abogado de un gran bufete (que tiene que suscitar confianza y responsabilidad en sus clientes), que lo sea un operario de una fábrica que realiza su jornada laboral dentro de ella y no tiene que proyectar la imagen de la empresa hacia el exterior:

La valoración conjunta de los criterios explicados llevará a determinar si en el caso concreto hubo o no discriminación. Discriminación que, como pone de manifiesto GARCÍA ORTEGA¹³, es “atípica de difícil represión”, y que, en caso de ser atendida por los jueces, “no daría como resultado la contratación del discriminado

12 Es clásica en esta materia la STS 27 diciembre (RJ 1999, 10091), que resuelve un caso en el que la compañía de vuelos “Iberia” publicó una oferta de trabajo en la que exigía a los candidatos los siguientes requisitos básicos: a) poseer “una adecuada imagen”; b) edad entre 18 y 25 años; c) en cuanto a la estatura, para los hombres debía estar comprendida entre 1’74 y 1’90 metros, y para las mujeres entre 1’64 y 1’82 metros; y d) en caso de necesitar lentes correctoras (no más de dos dioptrías), usar microlentillas.

El Supremo declaró que el requisito de “buena imagen” para acceder a las pruebas de acceso no es discriminatorio, sino que, al contrario, es razonable, “pues se trata de una empresa privada de servicios que opera en régimen de libre competencia, en el sector de líneas aéreas, en el que precisamente los tripulantes de cabina o auxiliares de vuelo, son quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía, que, naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse en esa actividad en condiciones razonables de igualdad con otras empresas dedicadas a la misma actividad”.

En la doctrina, AGRA VIFORCOS, B.: “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, cit., p. 22, apunta en este sentido que “en determinados puestos de trabajo, fundamentalmente aquellos en que el empleado actúa cara al público, los usos sociales, pero también los prejuicios, imponen una determinada apariencia”.

13 GARCÍA ORTEGA, J.: “La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales”, cit., p. 226.

sino que debería ser indemnizado, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse”.

Hay que tener presente, sin embargo, que los casos que llegan a los tribunales por discriminaciones en las fases selectivas son bastante escasos. Ello deriva de la habitualidad, el convencimiento y el carácter reservado que reviste el proceso de selección y su decisión, junto a la falta de reacción de los candidatos a empleados, condicionados seguramente por la gran dificultad probatoria y la ausencia de mecanismos jurídicos eficaces¹⁴.

2. Durante la ejecución del contrato de trabajo.

Los trabajadores pueden sufrir atentados en su derecho a la imagen no sólo en momentos anteriores a la concertación del contrato de trabajo, como ya se ha visto, sino también, y sobre todo, durante la ejecución del mismo.

Estas restricciones del derecho a la propia imagen pueden ser múltiples y muy variadas. No obstante aquí, a diferencia de la fase de selección de trabajadores, existe un contrato de trabajo de por medio que puede legitimar la intromisión que eventualmente padezca el trabajador. Se deberá estar, por tanto, a las circunstancias que rodeen el supuesto concreto (especialmente la necesidad de la medida para el fin pretendido por el empresario), circunstancias que, en unos casos, legitimarán la medida y, en otros, le privarán de legitimidad.

Como punto de partida, se ha de tener presente que el Tribunal Constitucional ha declarado que los derechos de los individuos perviven en el seno de las relaciones laborales¹⁵, si bien aquéllos pueden ser limitados en función de los intereses y objetivos del empresario¹⁶.

Por tanto, el trabajador debe cumplir aquellas obligaciones y directrices que provengan de su empleador (art. 20.3 ET). Empero, el trabajador podría abstenerse de acatar la orden del empresario cuando ésta sea manifiestamente ilegítima o

14 GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1996, p. 45.

15 V. en este sentido SSTC 7 febrero 1984 (RTC 1984, 18) y 10 octubre 1988 (RTC 1988, 177), en las que se afirma que “en un estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos [derechos fundamentales y libertades públicas] no lo sea en la vida social”.

En un sentido similar, las SSTC 19 julio 1985 (RTC 1985, 88) y 11 abril 1994 (RTC 1994, 99) aseveran que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano.

En la doctrina, MOLINA GARCÍA, M.: “El derecho del trabajador a su propia imagen (STC 99/1994, de 11 de abril), *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1995, p. 624, considera en relación con el derecho a la propia imagen que “se encuentra reconocido para ser ejercitado por cualquier ciudadano, y el trabajador antes de adquirir la condición de parte en el contrato de trabajo, antes de ser trabajador asalariado, es primeramente ciudadano”.

16 V. en este sentido STC 11 abril 1994 (RTC 1994, 99), en la que se declara que “La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él”.

cuando concorra alguna causa justificativa¹⁷. En estos casos podría aducirse lo que BALLESTER PASTOR denomina *ius resistentiae* del trabajador frente a la directriz de su empresario, es decir, la abstención de aceptar una orden cuando este último se exceda en su poder organizativo o rebase la dignidad del empleado¹⁸.

A continuación, se analizarán los supuestos más frecuentes de intromisiones en el derecho a la propia imagen de los trabajadores.

A) El control del empresario: el establecimiento de sistemas de vídeo-vigilancia.

En ocasiones, el empresario (al fin y al cabo el sujeto más interesado en el devenir del negocio, en tanto en cuanto pone los medios de producción y el capital necesario para el desarrollo de la actividad) sospecha sobre el rendimiento o comportamiento ético de sus trabajadores, ante lo cual decide implantar sistemas de vídeo-vigilancia.

Hay que partir aquí de que el art. 20.3 ET faculta al empresario, en principio, para utilizar sistemas de control de rendimiento del trabajador. Así, señala dicho precepto que "El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso".

Por tanto, se ha de tener en cuenta que, a pesar de la aparente ilicitud de los mecanismos de control que puedan afectar al derecho a la propia imagen del trabajador (como sería, por ejemplo, una cámara oculta), el ET permite la adopción de medidas de vigilancia y control. De lo que se deduce *prima facie* que no toda medida de control resulta ilícita.

Respecto a la legitimidad de la implantación de cámaras de vigilancia, el art. 64.1 ET dispone que "el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores". Por su parte, el apartado f) del tercer párrafo del artículo 64.5 ET preceptúa que "el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre [...] la implantación y revisión de sistemas de organización y control del

17 Es el caso de la STSJ de Cataluña 17 agosto 2000 (AS 2000, 3145) que considera injustificado el despido de una trabajadora de hostelería que portaba un piercing en la nariz, ya que su negativa a quitárselo era tan sólo mientras cicatrizaba la herida, para que no se produjera una lesión en la salud o en su aspecto físico.

18 BALLESTER PASTOR, I.: "Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: Límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral", *Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral*, núm. 169, 2005, p. 29.

trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo”.

Aparentemente, de estos imperativos legales se deduce la necesidad de dar traslado al comité de empresa de toda intención de adoptar medidas de control de los trabajadores para que éstas sean consideradas legítimas, estando facultado aquél para emitir informe previo valorando la medida a adoptar¹⁹. Y es que la situación que más debate ha suscitado en la doctrina judicial no ha sido tanto la implantación de cámaras, como los despidos disciplinarios derivados de una grabación.

Como norma general, es lugar común entre la doctrina y la jurisprudencia admitir la instalación de sistemas audiovisuales de control en aquellos casos en que exista una sospecha objetivamente fundada (y no una mera sospecha) de que el asalariado está descuidando sus obligaciones o está incurriendo en actuaciones delictivas (tales como la sustracción de dinero en efectivo de un cajero, deterioro de instalaciones, etc.), debiendo concurrir en la medida de control elegida los siguientes requisitos, establecidos con carácter general por el Tribunal Constitucional para determinar si ha existido lesión de un derecho fundamental:

1) Ha de venir justificada por algún acontecimiento, dato contable o elemento fáctico de la realidad que haya alertado al empresario de la posible comisión por parte del empleado (o de los empleados) de irregularidades en su puesto de trabajo que contribuyan a despilfarrar o reducir los recursos y el beneficio de la empresa; por tanto, lo que se prohíben son las medidas arbitrarias o caprichosas.

2) Ha de ser susceptible de lograr el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).

3) Ha de ser necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; esto es, dentro de las posibles, la medida elegida ha de suponer el menor agravio posible a los derechos fundamentales del trabajador (juicio de necesidad).

4) De la misma se han de derivar más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

19 No obstante, la práctica de los tribunales ha venido suavizando estos requisitos, al entender que la puesta en conocimiento de los trabajadores de las eventuales medidas de vigilancia podría frustrar la finalidad del empresario, como es la de detectar irregularidades del empleado en el desempeño de sus tareas. De suerte que la jurisprudencia ha venido permitiendo el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los preceptos citados en determinados supuestos en que se antojaba necesario el desconocimiento del trabajador de la eventual medida de control. Así, la sentencia más importante en la materia, la STC 10 julio 2000 (RTC 2000, 186), vino a convalidar la falta de comunicación a los representantes e incluso al propio trabajador afectado, “sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida”.

La plasmación jurisprudencial de estos requisitos fue llevada a cabo por la STC 10 julio 2000 (RTC 2000, 186), que supuso un cambio en relación a la línea jurisprudencial seguida hasta entonces. Ésta denegó el amparo al recurrente por considerar que la instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde aquél desempeñaba su actividad laboral “era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada)”. En consecuencia, el Tribunal Constitucional descartó que se hubiera producido lesión alguna de los derechos a la intimidad personal²⁰ y a la propia imagen.

De la misma manera, la STSJ Andalucía (Sevilla) 9 marzo 2001 (AS 2001, 2788), no apreció vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, en el caso del despido de un reponedor de hipermercado, que fue captado por el sistema de vídeo-vigilancia consumiendo productos en el curso de su jornada laboral. En este sentido, señala la sentencia que con la filmación se pretendía “obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral [del trabajador despedido], pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador; constitutivas de transgresión a la buena fe contractual”.

B) Limitaciones a la elección por el trabajador de su apariencia física externa.

Como se ha tenido ocasión de explicar, el derecho a la propia imagen, desde una perspectiva constitucional, implica la facultad del individuo de modelar su imagen a su gusto, es decir, de optar por la apariencia física externa que desee.

20 Relacionada con el derecho a la intimidad personal se encuentra otra importante sentencia en la materia, la STC 10 abril 2000 (RTC 2000, 98). En este caso, la empresa (un casino) contaba con un sistema de control y seguridad consistente en vídeo-vigilancia. Como complemento del indicado sistema, decidió instalar un sistema de grabación de audio. En este supuesto, entiende el TC que la implantación del nuevo sistema de control resulta lesivo del derecho fundamental a la intimidad, al no acreditarse la necesidad de un control general más intenso al preexistente como el que se pretendía establecer: “la instalación de los micrófonos no ha sido efectuada como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad y control anteriormente establecidos sino que, como se deduce del comunicado que la empresa remitió al Comité de empresa dando cuenta de la implantación del sistema de audición, se tomó dicha decisión para complementar los sistemas de seguridad ya existentes en el casino. Es decir, no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino. Así las cosas, el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE”.

Resulta evidente que, cuando una persona deambula por la calle o actúa fuera del poder decisor de un empresario, puede vestir o adoptar la imagen que considere oportuna. No obstante, en el contrato de trabajo puede ocurrir que, en ciertas ocasiones, el empresario considere que la imagen del trabajador no va acorde con el puesto que desempeña. Por ejemplo, en el negocio de la hostelería, suele estar mal visto en un camarero el hecho de que lleve la barba larga²¹, pues al cliente le puede dar una impresión de carencia de higiene.

Las circunstancias del caso se erigen, de nuevo, en elemento principal a la hora de valorar si la intromisión en el derecho a la propia imagen está justificada o no. En estos supuestos, se deberá atender, fundamentalmente, a las costumbres o a los usos de la profesión en cuestión²², que pueden aconsejar la opción por un determinado tipo de peinado, barba, maquillaje, etc.

C) Limitaciones a la elección del trabajador de su vestuario: especial referencia a la utilización de uniformes en el trabajo.

Otro punto en el que pueda quedar afectado el derecho a la propia imagen del trabajador es el relativo a la elección de vestimenta. En efecto, en determinadas ocasiones el empresario exige a sus empleados portar un vestuario concreto (trajes, uniformes de la empresa, etc.).

A nuestro juicio, la exigencia de un determinado uniforme o vestuario se explica por la necesidad que tiene todo empresario de dotar a su empresa y a sus productos de una determinada imagen de marca²³. Esta imagen de marca debe ser consistente y no aparentar fisuras a los ojos del cliente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que tales requisitos sobre la uniformidad de los empleados pueden

21 V. en este sentido la STS 12 febrero 1986 (RJ 1986, 749). En ella, se confirmaba el despido de un empleado del hotel que desempeñaba labores de camarero, por negarse a afeitarse la barba. El Supremo apreció que "es uso y costumbre en el sector de hostelería, al menos en la provincia y en los departamentos de restaurantes y bares para aquellos empleados que tengan contacto directo con clientes, que deben permanecer afeitados, sin bigote ni barba", para posteriormente concluir que "la orden de acudir a su trabajo completamente rasurado que de la empresa recibió el actor no puede ser calificada de injusta, ni entender que supone extralimitación en las facultades empresariales, ni vulneración de los derechos del trabajador; pues no cabe olvidar que los usos y costumbres locales y profesionales son, a tenor del artículo 3.1.d) del Estatuto de los Trabajadores fuentes jurídicas de la relación laboral".

22 Por ejemplo, AGRA VIFORCOS, B.: "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo", cit., p. 40, señala a este respecto que "debe considerarse una limitación completamente legítima la derivada de las necesidades de seguridad y salud en el trabajo o de exigencias en materia de higiene, en tanto los bienes jurídicos a proteger pueden justificar la restricción al derecho a la propia imagen, imponiendo la obligación de portar, por ejemplo, un traje ignífugo o antirradiación, un casco protector o una bata de médico o de cocinero".

23 BALLESTER PASTOR, I.: "Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: Límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral", cit., pp. 29-30, dice sobre este punto que "Nadie duda de la importancia de la imagen como un vehículo indiscutible que ayuda al marketing empresarial" y que "Por ello, las actividades desarrolladas en el, cada vez más desarrollado, sector terciario –comercio y hostelería, compañías aéreas, etc.- exigen que se regule en su ámbito el que el trabajador deba ofrecer una cuidada, moderna y actual imagen que permita facilitar su actuación en el mercado". Añade la autora que "la imagen de la compañía se exterioriza a través de cómo se ofrece ante los clientes, cómo se presenta la fisonomía de su producto, la de sus instalaciones, y, también, la de sus empleados".

provenir también de normas generales de tipo profesional (como sería el caso de los vigilantes de seguridad), o de un convenio colectivo (que es lo más habitual).

Se ha de matizar, como ya se ha hecho en un momento anterior, que la importancia del vestuario será distinta en función del tipo de trabajo de que se trate (es decir, en función de la mayor o menor interacción trabajador-cliente). Este elemento será, pues, fundamental a efectos del análisis sobre la idoneidad de la medida.

Así, por ejemplo, la STS 23 enero 2001 (RJ 2001, 2063) no consideró que la exigencia de “falda larga de 2 cm por encima de la rótula y medias” para las trabajadoras del AVE violara el derecho fundamental a la propia imagen, habida cuenta que el uso de dicha vestimenta “obedece no a un problema sexista o de aprovechamiento singular del sexo en beneficio de la empresa y detrimento de la mujer, sino a consideraciones organizativas empresariales [...], con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de la empresa, a través de una adecuada uniformidad en el vestir”.

Más recientemente, la STS 19 abril 2011 (RJ 2011, 2309) consideró discriminatoria por razón de sexo la práctica empresarial que impone a las enfermeras y auxiliares de planta y consultas externas de un centro sanitario, la obligación de utilizar el uniforme consistente en falda, delantal, cofia y medias, sin posibilidad de optar por el pijama sanitario, siendo que éste es utilizado no sólo por el personal masculino sino también por el femenino de otros departamentos. No obstante, el Supremo aprecia que dicha práctica no vulnera el derecho a la intimidad de las trabajadoras afectadas, al no apreciarse “exhibición física inadecuada o excesiva”.

En fin, hay que matizar que la imposición por el empresario de un determinado uniforme tiene su límite en el respeto a la dignidad humana (arts. 10.1 CE y 4.2.e ET), que facultaría a los trabajadores a no portar aquellos uniformes que puedan resultar degradantes o atentatorios contra la dignidad.

D) El uso de la imagen del trabajador a efectos comerciales o promocionales.

Un último supuesto que vamos a analizar es el relativo a la captación de la imagen del trabajador con fines promocionales de la propia empresa en que trabaja o, en general, del sector de actividad en que desempeña su profesión.

En principio, es discutible si los poderes de dirección del empresario facultan a éste a ordenar a un trabajador que pose para una fotografía con fines de promoción de la empresa. Hay trabajos en los que la cesión del uso de la imagen es esencial²⁴.

24 DE VICENTE PACHÉS, F.: “Doctrina Constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen (Estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre y 99/1994, de 11 de abril)”, *Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral*, núm. 71, 1996, p. 48, pone como ejemplo de esto a “modelos, artistas u otros colectivos profesionales de igual naturaleza en los que el objeto del contrato presupone una disposición del derecho de la imagen”.

En este sentido, GARCÍA ORTEGA²⁵ pone de relieve que “El contrato de trabajo puede ser título habilitante para la captación de la imagen del trabajador, bien sea porque se pacte expresamente, bien sea porque la naturaleza de la actividad implique necesariamente la captación de la misma”.

Sin embargo, ello no es lo usual. Lo habitual es que la cesión del uso de la imagen del trabajador no sea una de las tareas que deba desempeñar aquél. Por tanto, en estos supuestos, llegado el caso de que el empresario requiriera al trabajador para la cesión del uso de su imagen, no está nada claro si tal orden puede ampararse en los poderes de dirección que dimanen del contrato de trabajo.

En esta materia, es ya clásica la STC 11 abril 1994 (RTC 1994, 99), que resuelve la procedencia del despido de un trabajador, oficial de 2ª en la tarea de deshuesador de jamones, ante su negativa a exhibir su habilidad en el corte del jamón, negativa explicada por el hecho de que dicha exhibición iba a ser captada fotográficamente y posteriormente publicada.

El Tribunal Constitucional comienza señalando que “La cuestión, ahora, es, si, por la naturaleza del trabajo contratado en este caso, podemos considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho”, para afirmar a continuación que “No consta que el trabajador, oficial de 2.ª deshuesador de jamones, tuviera asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto, ni que éstas fueran componentes imprescindibles -o aun habituales- de las funciones que debía desarrollar . Con este condicionante básico, el vínculo contractual originario no puede considerarse, por sí sólo y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente para la orden dada”.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional concedió el amparo al trabajador por la intromisión en su derecho fundamental a la propia imagen.

25 GARCÍA ORTEGA, J.: “La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales”, cit., p. 234.