

El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil¹

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz
(Universidad de Sevilla, España)

Resumen

El concepto del derecho a la propia imagen se identifica con la facultad de aprovechar (positiva) o de excluir (negativa) la posibilidad de la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y tornan reconocible la figura de la persona humana. Esta concepción puede ser aplicada tanto a la Constitución Lusitana, como a la Brasileña. Sin embargo, en España el concepto constitucional del derecho a la propia imagen se restringe a la facultad negativa (de exclusión). De otro lado, la facultad positiva (de aprovechamiento) del derecho a la propia imagen puede ser considerada la vertiente patrimonial de la imagen, pero está reservada al ámbito infraconstitucional.

Palabras clave: derecho a la propia imagen, imagen humana, representación gráfica de las expresiones personales, información visual

Abstract

The concept of the right to self-image has to do with the capacity of making good use of (positive) or excluding (negative) the possibility of graphically representing external visible personal expressions or evocations which make the human person form unique and recognizable. This idea can be applied to both Portuguese and Brazilian Constitutions. However, the constitutional concept of the right to self-image in Spain is restricted to the negative capacity (of excluding). On the other hand, the positive capacity (of making good use of) can be deemed as the patrimonial aspect of image, but reserved to the law in strict sense.

¹ Este artículo científico es un resumen de la tesis doctoral denominada “La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña de 1988”, dirigida por la Dr^a. Eva Martínez Sampere, y defendida por el autor el 31 de octubre de 2008 en la Universidad de Sevilla, ante el Tribunal compuesto por Antonio-Enrique Pérez-Luño, José Joaquim Gomes Canotilho, Javier Pérez Royo, Maria Lúcia do Amaral y Julia Sevilla Merino.

Keywords: right to self-image, human image, graphically representing external visible personal expressions, visual information

I. Introducción

Es innegable la influencia de la imagen en la sociedad del siglo XXI. La representación gráfica del aspecto externo de los rasgos físicos de la figura de la persona humana se ha expandido cada vez más, no sólo de modo cuantitativo sino también cualitativo. Se constata esta afirmación en el actual y creciente predominio de la información visual sobre la escrita-verbal. Esto es así porque la *información visual* llega a la sensibilidad crítica sin obedecer, necesariamente, a las inflexiones del raciocinio, pues los efectos visuales cognitivos, en un primer momento, son indiferentes a las capacidades intelectuales y culturales del sujeto receptor. Dadas estas características, esta progresiva sustitución de lo verbal por lo visual puede llevar a acentuar los rasgos de irracionalidad y, por consiguiente, contribuir al descenso y al demérito del discurso crítico. Desde esta perspectiva, la preponderancia de la expresión y de la información visuales sobre la verbal ha ocupado un espacio excesivo en la publicidad de las ideas y de los productos. Aquí reside la importancia del valor publicitario de la imagen, ya que su carácter *visual-sensitivo* la sitúa en la cúspide de la información contemporánea, configurándose, pues, un verdadero *mercado de las imágenes*. Por ello la afirmación de que “una imagen puede valer más que mil palabras” se ha tornado tan frecuente.

Como consecuencia de este proceso, se estableció una relación directamente proporcional: cuanto más se utiliza la imagen, habrá más riesgo, por supuesto, de que sea usada de forma ilícita. Con la masiva inserción de la imagen en la comunicación social, el derecho a la propia imagen se ha convertido en el más exterior y público de los derechos de la personalidad y, por ende, en el más susceptible de ser ofendido. En efecto, el cambio de la sociedad agraria del siglo XIX hacia la sociedad urbana e industrial del siglo XX y a la sociedad cada vez más informatizada del siglo XXI, la mayor participación de los individuos en el ejercicio del derecho de sufragio y el consiguiente fenómeno de la “repersonalización” del Derecho, otorgaron un mayor relieve y coadyuvaron a la consecuente protección constitucional de la inviolabilidad personal, representada también en el derecho a la propia imagen. La tensión entre el desarrollo social y el derecho individual a la propia imagen ha llevado a la inserción del mismo en los textos constitucionales, y hay que señalar que la fuerza normativa de la Constitución ha hecho posible el respeto a la autonomía del derecho a la propia imagen, además de favorecer su estudio por el Derecho constitucional.

A tenor de cuanto antecede, dada la importancia paulatina que la imagen ha adquirido en nuestros días, mi propósito en el presente trabajo académico no

es examinar, de modo exhaustivo, todos los interesantes matices que presenta el derecho a la propia imagen sino resaltar de modo sucinto su inserción en los sistemas constitucionales de Portugal, España y Brasil, países pioneros en establecer expresamente que el derecho a propia imagen es un derecho fundamental². Para tal labor, escribo una breve síntesis histórica de su construcción jurídica, formulo un concepto inicial de ese derecho, y después analizo, de modo somero, su configuración en la doctrina jurídica de los países de la península ibérica y de Brasil.

II. Breve comentario sobre los antecedentes históricos del derecho a la propia imagen

Como en los inicios de cualquier investigación, he de comentar, de modo conciso, los antecedentes históricos del derecho a la propia imagen. Y al analizar su origen, he constatado que hubo algunos momentos distintos en la evolución de su construcción jurídica.

La fase que configura *la idea de imagen* está representada en la simbología que tal instituto jurídico siempre ha tenido. Se remonta a la época en que los seres humanos vivían en las cavernas y buscaban reproducir, con las pinturas rupestres, los hechos, sus propias imágenes, etc. Esta afirmación puede verificarse a través del estudio de las costumbres de los egipcios³, de los griegos y de los romanos, que tenían la preocupación de registrar, a través de imágenes, a sus reyes, a las personas de relieve o incluso a desconocidos⁴. Pero se suele admitir que la idea del *ius imaginis* surgió entre los romanos y logra una relevante importancia durante la República. *Imago* era la mascarilla de cera que reproducía el rostro del difunto. Al principio, era un privilegio de determinados magistrados curules, y consistía en la posibilidad de mantener en el *atrium* de sus domicilios y exponer en determinadas ceremonias (cortejos fúnebres y victorias de la familia) los retratos (bustos de mármol o de bronce, *máscara de cera*, estatuas) de los antepasados⁵. En este contexto, cabe afirmar que el

² Junto a la Constitución Peruana de 1979 (y la de 1993).

³ Los egipcios hacían la momificación porque tenían la expectativa de volver a vivir con la misma imagen.

⁴ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem: a posição do novo código civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002), o direito à imagem e a atuação da mídia, o dano à imagem e sua reparação, principais defesas opostas, jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25-27. Aclara AZURMENDI ADARRAGA (Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 22) que era una "creencia general de que se podía conservar la personalidad de la persona representada si se mantenía una de sus partes esenciales como es el rostro".

⁵ GINESTAAMARGOS, J., "*Ius imaginis*", en *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 4, 1983, p. 904 y ss. El autor afirma que al principio era un derecho que sólo operaba *post mortem*. Antiguamente estaba prohibido colocar en lugares públicos estatuas de seres vivientes, e incluso en las casas

ius imaginis se preocupaba de determinar cuándo y cómo la imagen podría ser divulgada socialmente, pero esta característica, en realidad, lo acercaba mucho más al concepto de derecho de propiedad hoy en vigor⁶.

Sin embargo, las primeras digresiones sobre el *ius imaginis*, argumenta Gitrama González, emergieron con las polémicas sobre la *potestas hominis in se ipsum*⁷ en los siglos XVI⁸ y XVII⁹. Se admitía un derecho individual y autónomo de disposición sobre el propio cuerpo, y de este derecho derivaría la facultad de disponer del reflejo del cuerpo, entendido como la imagen de la persona. El momento histórico siguiente, en el cual se perciben los factores que influyeron en la moderna teoría del derecho a la propia imagen, se da con el surgimiento de las ideas de los derechos naturales y la incesante búsqueda de la valoración del ser humano, junto a la consecuentemente lucha por los derechos que asegurasen su protección. No obstante, el debate concreto sobre su configuración jurídica tuvo su principal impulso tras la invención de la fotografía en 1829, por el químico francés Nicéforo Niepce, perfeccionada después por Luis Jacobo Mandé Daguerre (creador del daguerrotipo-1839)¹⁰.

particulares este derecho se veía mermado, ya que su colocación en ellas debía ubicarse en lugares que no fueran accesibles a quienes no formaban parte de la familia. Por ello, añade el mencionado autor, que CICERÓN introdujo entre los derechos de los magistrados curules el *ius imaginis ad memoriam posteritatem prodendam*. Relata, también, que la presencia de las imágenes de los antepasados en los funerales de los familiares recientemente fallecidos, así como de personas de renombrado prestigio por LOS altos cargos públicos alcanzados en vida, era una costumbre arraigada entre las clases sociales más elevadas, y no sólo de las personas ligadas a las fuentes jurídicas, sino también las literarias. Se colocaba, pues, en los atrios de las casas, después de la muerte de un familiar, una máscara de cera (*imago*) que luego se pintaba. Debajo de la *imago* se colocaba el *titulus*, que reseñaba los cargos políticos que había ostentado el difunto, sus orígenes y su genealogía, para mayor y mejor conocimiento de la población en general.

⁶ En efecto, tal idea demuestra su profunda lógica cuando se examina cómo se reproducían las imágenes de esa época. Dicha tarea competía a los artistas con algún talento para ello, lo que convertía esa labor, según CORDEIRO (António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas*. Almedina: Coimbra, 2004, p. 193), en una “operação cara, demorada e só acessível a especialistas que tivessem sofrido um complicado processo de aprendizagem. Nessa fase, compreende-se que ocorressem problemas relacionados com a propriedade da reprodução, não propriamente, com o que hoje chamamos de bens de personalidade” Con el hundimiento del Imperio Romano, pocas son las evoluciones jurídicas vinculadas al derecho a la propia imagen que merecen destacarse, aunque en el Medievo, en la Edad Moderna y en el umbral de la Edad Contemporánea, se constatan grandes progresos en la pintura y en la escultura.

⁷ GITRAMA GONZÁLEZ, M. “Imagen (derecho a la propia)”, in: *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Tomo XI, Barcelona 1979, p. 301 y ss.

⁸ REFIERE BOMJARDIM (Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002) que el Rey D. Juan III en 1523, reprochó la deformación fisonómica y afirmó que la imagen sería lo que de mejor tiene la persona humana.

⁹ La primera manifestación de un derecho sobre sí mismo *jus in se ipsum* se inicia con la publicación, en 1609, del *Tractatus de postestate in se ipsum*, de Baltasar GÓMEZ DE AMEZCUA (DIAS, J. S. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 41).

¹⁰ No es unánime la afirmación de que ha sido Nicéforo Niepce el inventor de la fotografía.

A partir de tal invención, se pueden señalar algunos *precedentes judiciales*, y es en Francia donde se sitúan las primeras sentencias sobre el derecho a la propia imagen¹¹. Relata Ruiz y Tomás que el Tribunal del Sena, el 11 de abril de 1855, dictó un fallo en el cual se prohibió la exposición al público de un retrato sin el consentimiento de la persona representada¹². Sin embargo, la decisión judicial más conocida de esa época sobre el tema es la del año 1858¹³. El mismo Tribunal se pronunció sobre una demanda, en la cual se defendía el derecho a la propia imagen de una actriz francesa (Rachel) ante una pintora (O'Connell). La familia de Rachel había contratado dos fotógrafos para retratar la imagen de la actriz en el momento de su muerte, estableciendo que las fotografías reproducidas serían de propiedad de la familia. La pintora O'Connell obtuvo tales fotos y las reprodujo en dibujos con el fin de comercializarlos. La sentencia del Tribunal declaró ilícita la reproducción de los dibujos hechos a partir de las fotografías sacadas. A petición de la familia, el Tribunal decidió la aprehensión del original y de las diversas pruebas fotográficas, ordenando su destrucción y declarando que nadie podía, sin el consentimiento formal de la familia, reproducir y publicar los rasgos fisonómicos de una persona en el momento de su muerte, aunque se tratara de una persona célebre¹⁴.

Sobre la *positivación del derecho a la propia imagen*, Ruiz y Tomás precisa que muchos autores sostienen que el primer reconocimiento imperfecto del "derecho a la efigie" está en la ley alemana de 10 de noviembre de 1842¹⁵.

¹¹ AZURMENDI ADÁRRAGA (*op. cit.*, p. 53). La autora describe, con detalles, la contribución de la jurisprudencia francesa de la segunda mitad del siglo XIX.

¹² RUIZ Y TOMÁS, Pedro. *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*. Madrid: Reus, 1931, p. 114. Entendió dicho Tribunal que no se podía, bajo ningún pretexto, dar publicidad a los rasgos de una persona y que tampoco podía exponerse en un salón de Bellas Artes el retrato de un individuo contra su voluntad o contra la de su familia (si aquél estuviera muerto o incapacitado), o bien contra la del *propietario* de la reproducción. En la p. 117 el autor confirma que: "es verdaderamente la jurisprudencia francesa la que con mayor fuerza proclama el derecho a la propia imagen consagrándolo como absoluto y exento de todo linaje de restricciones, cosa natural a mediados y fines del siglo XIX, cuando todavía humeaban los rescoldos de la Revolución, y, por lo tanto, ocupaban el primer plano de la intelectualidad francesa los resabios individualistas".

¹³ En 1902, el mismo Tribunal fundamentó una decisión en la afirmación de que no se podía fotografiar a nadie sin su consentimiento, excepto cuando la persona por su función o profesión, naturaleza del servicio o notoriedad presente o pasada suscitara un interés especial y siempre que no resultara ningún perjuicio. DUVAL (DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 37) añade que las controversias doctrinales en Francia (1855), en Alemania con la Ley de 9-1-1907 y en Italia, desde 1903, promovieron la discusión jurídica sobre el tema. LUIGI FERRARA, en un trabajo sobre Derecho Comparado (Napoli, Jovene, 1940, p. 39-90), catalogó treinta y dos demandas judiciales ya en 1903, lo que acredita la nueva protección debatida sobre el *ius imaginis*.

¹⁴ Para investigar sobre las primeras decisiones jurisprudenciales *vid.*: RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, *passim* y AZURMENDI ADÁRRAGA, Ana. *op. cit.*, *passim*.

¹⁵ RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, p. 121. Describe también que la ley rusa de 21 de enero de 1845 disponía que el artista no podía reproducir, multiplicar y publicar los retratos y cuadros de familia, sin el permiso de quien los había encargado (o de sus herederos). Añade que la ley inglesa

No obstante, defiende Walter Moraes que el derecho positivo sobre la propia imagen¹⁶ empezó con la ley alemana de fotografía de enero de 1876¹⁷. Esta ley, junto a la normativa sobre propiedad intelectual y artística de Austria (1885), seguida por la ley belga sobre el derecho de autor de 22 de marzo de 1886 (art. 20), establecen los comienzos del reconocimiento del derecho a la propia imagen en territorio europeo¹⁸.

Dentro de este contexto, se ha afirmado que el esbozo de la construcción jurídica del derecho a la propia imagen comienza en 1839 y se fortalece en los años cincuenta del pasado siglo, cuando empieza la *concreción jurídico-constitucional de los derechos humanos de la Declaración Universal de 1948*¹⁹. Tal afirmación puede compartirse, a mi juicio, por dos razones. Antes de que se inventara la fotografía, la imagen de una persona era representada, normalmente, con el consentimiento del titular, pues para que se hicieran cuadros, bustos, esculturas, dibujos u otros procedimientos de representación de las imágenes, el retratado necesaria y usualmente debería posar para el pintor, dibujante o escultor²⁰. Ni siquiera se imaginaban las amenazas, hoy demasiado presentes, de los teleobjetivos. Como consecuencia, no se planteaba una estricta discusión jurídica de la protección de la imagen humana. La invención de la fotografía y, posteriormente, la posibilidad de reproducir las copias, permitió la multiplicación de las imágenes de las personas, y, por consiguiente, su exposición de forma más frecuente y ostensible²¹. El descubrimiento de tal fenómeno físico tuvo una impresionante aceptación popular, lo que hizo que se impulsara en Europa, a finales del siglo XIX, la comercialización de cámaras fotográficas rudimentarias. A partir de ahí, la imagen humana, tras esta relevante incursión en la vida cotidiana de las personas por medio de la representación gráfica en

de 29 de julio de 1862 establecía que el derecho de reproducción de un cuadro, escultura, etc., correspondía al artista, no al comprador o comitente de la obra, excepto si se hubiera pactado de otro modo o si se tratara de fotografías.

¹⁶ MORAES, Walter. "Direito à própria imagem" em *Revista dos Tribunais*, Vol. 443; Ano 61, setembro 1972, p. 64-81 (p. 66).

¹⁷ Como afirma ANTÔNIO CHAVES ("Direito a própria imagem" in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.67, 1972, p.45-75), en enero de 1876 fueron editadas en Alemania dos leyes que mencionan el derecho a la propia imagen: la ley del día 09 y la del día 10. La ley del día 9 trataba de los derechos de autor sobre sus obras de arte y la ley del día 10 regulaba la protección que se daba a la fotografía y su reproducción ilícita¹⁷.

¹⁸ Cita también el mismo autor la ley japonesa de 04 de marzo de 1899 (art. 25).

¹⁹ AZRUMENDI ADÁRRAGA, *op. cit.* p. 46.

²⁰ RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.* p. 51-52: asevera que para la multiplicación de las copias de un cuadro o busto se recurría a una nueva pintura o modelado, "lo cual reclamaba el consentimiento del propietario de los trabajos artísticos, que casi siempre era el retratado o sus causa habientes y sólo se podía dar el caso improbable de estar aquéllos en poder de un extraño o de haber sido sustraídos fraudulentamente". Concluye que el escaso alcance de la difusión del retrato por las pocas reproducciones legítimas o ilegítimas no convertía este hecho en una ofensa grave, constante, y no significaba un peligro social.

²¹ *Íd.*, p. 53.

fotografías, ha adquirido un papel cuantitativo y cualitativo cada vez más importante con la aparición de nuevas tecnologías (como la televisión, la internet, etc.), hasta el punto de reclamar una protección jurídico-constitucional.

En mi opinión, la *idea* de la imagen y su conocimiento por parte de los seres humanos siempre ha existido, dado su carácter dialógico comunicativo; sin embargo, mientras no existió un serio riesgo de daño a la personalidad, por medio del abuso de la representación gráfica de la imagen humana, no se hizo necesario razonar jurídicamente en torno al derecho a la *propia* imagen. Cuando este peligro se da, convirtiéndose en un mal endémico y universalizado, se plantean las demandas judiciales e irrumpe la exigencia de una protección jurídica específica.

III. El derecho a la propia imagen

Es oportuno traer a colación el significado de la palabra imagen (del latín *imago, imaginis*) para la Real Academia Española: la “figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa” y “reproducción de la figura de un objeto por la combinación de los rayos de luz”²². Sin embargo, la imagen objeto del derecho fundamental que se está investigando se refiere a la individualidad y a la capacidad comunicativa que integra la dignidad personal propia del *ser humano*²³. Y lo que quiero resaltar es que se protege, con el derecho a la propia imagen, la *manifestación, la representación* y no la imagen humana en sí misma considerada²⁴. El Derecho no podría impedir que terceros conozcan

²² HERCE DE LA PRADA, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. José María Bosch Editor: Barcelona, 1994, p. 16: “De ahí que se hable en un sentido retórico-estético o psicológico en que aquella palabra halla su conexión semántica con el término imaginación de igual raíz”.

²³ AZURMENDI ADÁRRAGA, *op. cit.*, p. 22.

²⁴ VERCELLONE, Paolo. *Il diritto sul proprio ritratto*. Torinese Turim, 1959, p. 10-11, *apud* GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)”, *Nueva Enciclopedia...cit.*, p. 304: “Existe la persona con sus rasgos, su fisonomía, sus dimensiones. Esta persona, es decir, su cuerpo, como todos los cuerpos materiales expuestos a la luz, puede ser visto, suscitar en los órganos visuales de otra persona una sensación que naturalmente será distinta cada vez, según la luz existente, el ángulo visual; esto es, según la relación entre la posición del cuerpo visto y el de la persona que se ve; según en fin, el *modo de ver* de esta última persona. Por consiguiente, no se puede decir que exista la imagen de una persona, sino un indefinido número de imágenes todas referidas al mismo cuerpo, tantas imágenes distintas para cada cuerpo cuantas veces ese cuerpo haya sido o sea vista en el futuro por otras personas. Pero, en realidad, tales imágenes no son sino la sensación visual que produce un cuerpo en un momento determinado en los órganos ópticos de otro cuerpo. Mi imagen no es sino la sensación virtual que mi cuerpo produce en el cuerpo de otro; es decir, en sustancia, un estado sensorial momentáneo de un organismo ajeno al mío. Ahora bien; no es correcto hablar de la existencia autónoma de una sensación, al menos en plano jurídico, y, por tanto, es inconcebible la existencia de un derecho sobre ella. Y aun más incorrecto en todo caso resulta decir que sobre la sensación de otro organismo puedo yo pretender derecho alguno. Aun adoptando los posesivos con un significado no técnico- jurídico, la sensación es *suya*, no *mía*,

naturalmente (sin artificios) nuestra imagen, pues el ser humano, dado su carácter social, tiene necesariamente que relacionarse con los demás. Por ello afirmo que tal bien jurídico protege la persona humana de la *representación gráfica de su aspecto físico externo*.

En efecto, la necesidad de protección contra la arbitraria utilización de la imagen deriva de una exigencia de la individualidad personal, según la cual la persona debe ser quien decide consentir o no la representación de su propia imagen. El sentido de la propia individualidad crea dos perspectivas en la configuración jurídica de tal derecho: de un lado, una exigencia de circunspección, de reserva, de exclusión, que garantiza la inviolabilidad personal y, de otro, establece la autonomía jurídica individual y la autodeterminación del individuo para proyectarse socialmente. Al titular le asiste, con exclusividad, el derecho de determinar quién puede representar, grabar, registrar, utilizar o divulgar su imagen²⁵. Teniendo en cuenta estos matices, considero que tal derecho tiene dos dimensiones: una negativa-moral que es la facultad de excluir la posibilidad de captación, reproducción, publicación de la imagen; y una positiva, que es la autonomía exclusiva de decidir sobre la difusión de la propia imagen, también relacionada con la potencialidad patrimonial de este bien jurídico²⁶.

No sin razón Ruiz y Tomás ha defendido que el contenido de la imagen no se agota en las líneas de la *facies*, pues cabe la posibilidad de que la persona pueda ser reconocida por formas y detalles de las *otras partes del cuerpo*²⁷, concepción que se ha convertido actualmente en la mayoritaria²⁸. Considero

aunque sea mío el cuerpo que se la ha producido”. Se nota que aquí el autor hace referencia a la imagen en sí y no a la *representación* de la imagen.

²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 132.

²⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “Honor, Intimidad y Propia Imagen en la Jurisprudencia de la sala 1a del Tribunal Supremo” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 151-205 (p. 194).

²⁷ RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, p. 47.

²⁸ En este sentido *vid*: GITRAMA GONZÁLEZ, M. “Imagen (derecho a la propia)”... *cit.*, p. 301-376; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” in *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española*, Vol. 1, 1992, pags. 543-625; MORAES, Walter. “Direito à própria imagem (I)” in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 443, set. 1972, p. 64-81; CARRILLO LÓPEZ, Marc. “El derecho a la propia imagen del Art. 18.1 de la CE” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993; p. 74; AMAT LLARI, Eulalia. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. La Ley: Madrid, 1992; IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Editorial Tecnos S. A., Madrid: 1991; ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen*. Editorial Tecnos: Madrid, 1997; PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003; LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. *El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices – publicitarios*. Vision Net: Madrid, 2005, p. 23; CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*.

adecuado el razonamiento de Royo Jara, que enumera algunos de los elementos que se protegen jurídicamente cuando se habla del derecho a la propia imagen: la obra figurativa, producida por medios tradicionales como la pintura, escultura, dibujo o la imagen transmitida por medios mecánicos –litografía, grabado, etc.– químicos como la fotografía o el cine, o electrónicos –televisión, vídeo– que *represente o reproduzca* de una forma *visible y reconocible* los rasgos, las facciones, en definitiva, la *figura de una persona humana*²⁹. La representación de la imagen debe ser *visible*, es decir, está relacionada con el sentido *visual-cognitivo*; debe ser *reconocible*, o sea, que el titular pueda ser reconocido; y debe *individualizar*, pues mediante ella se determina a alguien concreto, único, diferente y diferenciable de todos los demás seres humanos³⁰. La protección

Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995; COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica, consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*. Madrid: Trama, 2005; DINIZ, Maria Helena. “Direito à imagem e a sua tutela” in *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.79-106; AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem: a posição do novo código civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002), o direito à imagem e a atuação da mídia, o dano à imagem e sua reparação, principais defesas opostas, jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2003; ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção constitucional da própria imagem pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989; BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002; BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993; CHAVES, Antônio. “Direito a própria imagem” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.67, 1972, p.45-75; DIAS, Jacqueline Sarmiento. *O Direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988; FACHIN, Zulmar Antonio. *A Proteção Jurídica da Imagem* (prefácio de René Ariel Dotti). São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999; LIMA, Arnaldo Siqueira de. *O direito a imagem: proteção jurídica e limites de violação*. Brasília: Universa, 2003; SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002; SILVA Junior, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores, socialites*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002; TORRES, Patrícia de Almeida de. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Ltr, 1998; CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005; CHAMBEL, Élia Marina Pereira. “A videovigilância e o direito à imagem” em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Almedina: Coimbra, 2004, p. 503-531; MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra Editora: Coimbra, 2002; TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem” em *O Direito*, ano 133, 2001, II - (Abril - Junho), director Inocêncio Galvão Telles. Editora Internacional: Quinta da Vitória, 2001, p. 389-459.

²⁹ ROYO JARA, José. *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987, p. 25-29.

³⁰ El sujeto representado puede ser reconocible por un número limitado de personas, pero su imagen no tiene relevancia en el contenido que el *totum* de la publicación (divulgación) quiere

jurídica es, por tanto, la de la representación visible, reconocible e individual de la imagen de la persona humana, pues, sin estas peculiaridades no se podría configurar el concepto jurídico-constitucional de imagen³¹.

En mi visión personal, el concepto del derecho a la propia imagen no tiene que incluir cualquier mediación metafórico-ficticia para poder ser jurídicamente autónomo. La opinión, por ejemplo, de que la sede de la empresa se equipara a la imagen de las personas humanas carece de lógica, dada la posibilidad de que el empresario extinga la persona jurídica y cree otra en la misma sede, aprovechando *in totum* el establecimiento físico de la antigua. Puede ocurrir que la empresa opte por otros colores, que remodele su sede con otra arquitectura o que cambie la ubicación de su domicilio, desfigurando por completo su supuesta "imagen". Eso difiere completamente de la imagen de las personas humanas, que surgen en el mundo del Derecho revestidas de una figura que integra naturalmente la personalidad. Aunque entre la imagen protegible y aquélla que se tuvo al nacer pueda no haber similitud, es decir, aunque de modo natural o voluntario se cambien radicalmente las expresiones, o evocaciones personales del aspecto físico externo; la individualidad, la dignidad humana, nunca se verá afectada con tales mudanzas corporales, y por ello la imagen humana seguirá siendo un bien jurídico inherente a la persona. Las personas jurídicas o morales, dada su arraigada *artificialidad*, no tienen existencia corporal, son "*fungibles*", carecen de figura, de fisonomía, de esa parte que integra la dignidad humana³². Pese a existir la posibilidad de atribución de algunos derechos de la personalidad a las personas jurídicas, tal extensión resulta inviable cuando se trata del derecho a la propia imagen, pues la imagen que se protege en este sentido es indisociable de la persona humana, de modo que la protección de la persona jurídica y de sus símbolos representativos estaría inserta en el derecho de patentes y marcas³³.

emitir. En este caso la imagen del sujeto se queda perdida, difusa entre otras muchas con las que forme un todo; es decir, es lo que la doctrina suele denominar *imagen accesorio*. Alude la imagen accesorio a los hechos o sucesos que son de interés público, y, de forma lógica, será lícita la publicación de imágenes que se capten durante el desarrollo del acontecimiento, aunque en estas se refleje la imagen de las personas que en ellos han participado (ESTRADA ALONSO, E. "El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (II)" en *Actualidad Civil*, N° 25, Semana 18-24 de Junio de 1990 (2), XXV, p.373).

³¹ Si es imposible reconocer a una persona concreta, sin necesidad de la intervención de procedimientos técnicos o periciales, esta imagen no resulta significativa para tal derecho individual. Si se trata de una imagen irreconocible, no se está ante *la propia imagen*, careciendo, pues, del objeto específico del derecho (PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003, p. 65-66). En efecto, sólo se puede hablar de imagen, como objeto de protección jurídica, cuando se consigue percibir los rasgos particulares individualizadores de una persona humana, los que posibilitan la representación gráfica visible del aspecto físico externo de su figura. Por tanto, la representación de una imagen no reconocible es lícita.

³² ROYO JARA, J. *La protección del derecho...*cit., p. 26.

³³ CARRILLO, Marc. "El derecho a la propia imagen..."cit.; p. 63-90.

No se puede, igualmente, incluir en este concepto jurídico de imagen la “imagen social”, la reputación, la fama, la consideración que de una persona se tiene en el círculo social, económico y político al que pertenece, porque eso es objeto de protección por el derecho al honor³⁴. El honor es un aspecto de la dignidad humana, que desde un concepto normativo, reconoce a la persona por el mero hecho de serlo³⁵. Además, a tal concepto ha de unirse la perspectiva fáctica, es decir, el honor como un valor social cuya protección hace posible la vida en relación³⁶. La protección dada a la propia imagen no se dedica a proteger a la persona de la difamación, que consiste en *rebajar y aislar*, en desmerecer al interesado ante los ojos de sus coasociados y en marginarle de ellos divulgando ofensas a su reputación, exponiendo a la persona al desprecio de las gentes o generando una aversión de los conciudadanos. Por ello, se desvincula el derecho a la propia imagen del derecho al honor.

Acerca de la diferenciación entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad, es incuestionable que los dos tienen como objetivo la protección de la *inviolabilidad personal*, siendo ésta la principal línea de defensa que quiere proteger la categoría de los derechos de la personalidad. Forma parte de mi intimidad todo lo que puedo lícitamente sustraer al conocimiento de otras personas, por ello no forma parte de mi intimidad la imagen de mi rostro, aunque sí la imagen de mi desnudo³⁷. Si se encuentra o se saluda a otra persona, en circunstancias normales, se verá su imagen, pero no se sabrá absolutamente *nada* de su intimidad, en tanto que ella no se proponga comunicarla. Viene ganando protagonismo la concepción subjetiva de intimidad, que entiende que la protección jurídica dada a tal bien de la personalidad no garantiza una intimidad determinada, estática, fija, sino el derecho a poseerla³⁸. La intimidad

³⁴ En Portugal, como se afirma en el *Acórdão* que nº 407/2007 (Processo 130/07 2ª Secção, Rel. João Cura Mariano, p. 17) del Tribunal Constitucional Lusitano, es común utilizar la expresión *direito à honra* para denominar el *direito ao bom nome e à reputação*, constitucionalmente protegido.

³⁵ CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e Injurias*. DYKINSON: Madrid, 2004, p. 17; VIDAL MARÍN, T. *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*. Madrid, 2000, p. 63; ESTRADA ALONSO, Eduardo. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo*. Editorial Civitas: Madrid, 1989, p. 26.

³⁶ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Editorial Colex: Madrid, 1994, p. 76.

³⁷ IGLESIAS CUBRÍA, Manuel. *Derecho a la intimidad*. Universidad de Oviedo, 1970, p.21-2

³⁸ En la STC 134/1999 de 15 de julio, el Tribunal Constitucional de España adujo que “El art. 18.1 C.E. no garantiza una *intimidad* determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de *control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público*. Lo que el art. 18.1 garantiza es un *derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando a terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada*,”

es un derecho *dinámico* de la persona cuyo contenido parece, inicialmente, determinado por ella misma y, en segunda instancia, por las circunstancias concurrentes en cada caso, en el valor cultural, histórico y social³⁹. La extensión exacta de esta reserva de la *intimidad* depende, por tanto, en primer lugar, de la propia voluntad de la persona, que puede divulgar en mayor o menor grado los aspectos particulares de su personalidad⁴⁰. Estos matices resaltan la dimensión fundamentalmente interna del derecho a la intimidad, como ámbito natural de reserva de la propia *interioridad*, y la dimensión inexorablemente externa del derecho a la propia imagen, entendido como instrumento básico de *proyección personal exterior del aspecto físico externo de la figura humana*.

Respecto a la relación entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la identidad personal, hay que concluir que la identificación, objeto principal de la identidad personal, puede ser realizada por otros medios, como el psicológico, el sociológico; de modo que no es obligatoria y únicamente alcanzada por el uso de la imagen *física*. En efecto, el objeto del derecho a la identidad personal se desarrolla dentro de un contexto de una actuación *positiva* de identificarse, que proviene de la conjugación de la *historia* y de la *verdad personales*⁴¹. El derecho a la identidad personal utiliza como instrumentos el derecho al nombre, el derecho a la palabra (voz), el derecho a la propia imagen y otros que conforman los signos distintivos identificadores de la persona humana. En realidad, el derecho a la propia imagen sirve como un *medio* para la manifestación del derecho a la identidad personal, como también, de modo análogo, suelen utilizarlo el derecho a la intimidad o el derecho al honor. No obstante, esta característica de ser un instrumento mediador no puede impedir la autonomía del derecho a la propia imagen, pues éste no protege el derecho de la persona a exigir que su propio perfil, psicosomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional no sea representado de manera tergiversada, desnaturalizada o alterada por medio de la imputación de conductas, atributos o cualidades que no tienen relación con ella o por la omisión de las características que son determinantes en su configuración, pues esta salvaguarda está en el ámbito de protección del derecho a la identidad personal⁴². Son bienes jurídicos distintos, con conformación y objeto divergentes.

pudiendo cada persona reservarse un *espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio*".

³⁹ GARCÍA GARCÍA, Clemente; GARCÍA GOMEZ, Andrés. *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*. Murcia, 1994, p.25

⁴⁰ CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação social*, vol. 1. Almedina: Coimbra, 2000, p. 594.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., vol. I*. Coimbra Editora: Coimbra, 2007, p, 462.

⁴² GARCIA, Enéas Costa. "Direito à identidade pessoal" in *Atualidades Jurídicas*, 3 (coord. Maria Helena Diniz). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 165-197.

*El concepto del derecho a la propia imagen, por tanto, consiste en la facultad de aprovechar o de excluir la posibilidad de la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y tornan reconocible la figura de la persona humana*⁴³.

IV. El derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil

a) El concepto del derecho a la propia imagen en Portugal

La República Portuguesa fue el primero de los tres países estudiados que estableció una Constitución democrática. Por eso, la Constitución lusitana de 1976 ha inspirado, en cierta forma, tanto la Constitución española de 1978 como la Constitución brasileña de 1988. Por ello analizo, en primer lugar, la experiencia de *Portugal*. Se constata que la protección *formal expresa* del derecho a la propia imagen apareció en la primera revisión constitucional (1982), en la nueva redacción dada al artículo 33 de la CRP de 1976⁴⁴. La “génesis” de la positivación del derecho a la propia imagen empezó con una iniciativa de la AD (*Aliança Democrática*), que propuso su inclusión en el citado artículo 33⁴⁵, actual artículo 26⁴⁶: “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação,

⁴³ Configurados los rasgos del concepto inicial de imagen, es pertinente puntualizar que AZURMENDI ADÁRRAGA (*op. cit.*, p. 29), cuando se refiere a la *cuestión terminológica*, considera, con acierto, que el *derecho a la propia imagen* evoca las ideas de individualidad y reconocibilidad como determinantes de la realidad jurídica de la imagen humana, puesto que el derecho sólo actúa si la representación visible de una figura humana puede atribuirse a un sujeto concreto. En cambio, si se habla el “derecho a la imagen” *in genere* – y en el mismo sentido, pienso que si se hablara del “derecho de imagen” –, el ámbito de aplicación de tal derecho sería demasiado amplio y se extendería a otras diversas formas externas de referencia a la personalidad.

⁴⁴ Afirma MARIA LÚCIA AMARAL (*A forma da república: uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*. Coimbra Editora, 2005) que la revisión de 1982 fue obligatoriamente histórica y que alteró numerosos preceptos constitucionales, procediendo a la eliminación del Consejo de Revolución y a la creación del Tribunal Constitucional.

⁴⁵ Número 2S del Diario, en la sesión del día 17 de octubre de 1981, p. 17. En esta misma sesión, con relación al epígrafe, la AD propuso también su sustitución por “outros direitos da personalidade” y el PCP (Partido Comunista *Português*) por “outros direitos pessoais”. Planteó el FRS (Frente Revolucionario Socialista) que el art. 33 pasase a constituir el art. 26, y el art. 23 a constituir el art. 33. La Subcomisión concordó con las adiciones presentados por la AD, por el PCP. El epígrafe propuesto por el PCP obtuvo apoyo del FRS, habiendo la AD manifestado su reserva.

⁴⁶ Número 101, en la sesión del día 08 de junio de 1982, publicado en el Diario en el día 11 de junio, p.4169

à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

La noción de la propia imagen portuguesa, respecto a su dimensión de forma visible o representación gráfica sensible de una persona⁴⁷, versa sobre la imagen de una persona singular, reconocible e individual⁴⁸. La imagen humana, para ser protegida por el Derecho Constitucional portugués, debe ser configurada a través de tres criterios que se interrelacionan: la individualidad, la visibilidad y la reconocibilidad⁴⁹. No obstante, hay quien intenta configurar el concepto de tal derecho ampliando el alcance de su *visibilidad*, incluyendo en este contenido la perspectiva psíquica de la imagen; sin embargo, no parece ganar fuerza tal concepción⁵⁰. El cometido de tal derecho, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina portuguesa, tiende a centrarse en el aspecto “mecánico” de la imagen humana, es decir, en la representación gráfica y visible del aspecto físico externo de la figura humana⁵¹.

Así lo entiende el Tribunal Constitucional Portugués, el cual afirma que el objeto del derecho a la propia imagen es “o retrato físico da pessoa, em pintura, fotografia, desenho, slide, ou outra qualquer forma de representação gráfica, e não a imagem que os outros fazem de cada um de nós. Ele não consiste, por isso, num direito de cada pessoa a ser representada publicamente de acordo com aquilo que ela realmente é ou pensa ser”⁵². En esta línea, corroborando la idea defendida en el apartado precedente, el contenido visual-cognitivo de la imagen es concreto, y ha de diferenciarse de la “imaginación”, la cual podría suscitar demasiadas abstracciones y, por consiguiente, insertar una infinidad de protecciones inadecuadas dentro del

⁴⁷ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 400.

⁴⁸ TORRES, António Maria M. Pinheiro. *Acerca dos Direitos de Personalidade*. Editora Rei dos Livros: Lisboa, 2000, p. 37.

⁴⁹ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 401.

⁵⁰ Defendida por ÉLIA MARINA PEREIRA CHAMBEL en “A videovigilância e o direito à imagem” em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Almedina: Coimbra, 2004, p. 503-531. La autora cita a MANUEL VALENTE para defender la tesis de que la imagen también ha de ser entendida desde una perspectiva emergente de cognición psico-intelectual (p. 518). Afirma que “A perspectiva psíquica da imagem nos induz a considerar que a proteção do direito à imagem não pode ser apenas a proteção da simples imagem mecânica, mas também de todas as implicâncias que tal violação possa vir a ter. Facilmente percebemos que o direito à imagem está associado a outros direitos, uma vez que a violação do direito à imagem implica indirectamente a violação de outros direitos: bom nome e reputação” (p. 519).

⁵¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*...cit., p. 753; TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 398.

⁵² AcTC Português N.º 6/84, Processo n.º 42/83, AcTC Português N.º 130/88, Processo 110/86, AcTC Português N.º 128/92, Processo 260/90, 2ª Secção; AcTC Português N.º 129/92, Processo 329/90; 2ª Secção; AcTC Português N.º 319/95, Processo 200/94, 2ª Secção; AcTC 436/00, Processo AcTC Português N.º 628/2006, Processo n.º 502/2006, 2ª Secção.

ámbito normativo de tal derecho. La imagen debe ser entendida como la proyección del aspecto *físico externo* de la persona, y el mensaje visual de su contenido se realiza a través de la representación gráfica material de los aspectos inmateriales de la personalidad⁵³.

La idea portuguesa de la propia imagen refuerza la tesis de que en el ámbito normativo-constitucional de este derecho deben ser incluidas todas las formas de representación visual de los rasgos físicos de la persona sobre un soporte cualquiera, sea en vídeo, fotografía, pintura, dibujo, caricatura, etc.⁵⁴. Además, en congruencia con el dinamismo de la imagen humana, igualmente están comprendidas, en el cometido del derecho en causa, todas las posibles captaciones del *cuero del individuo*, configurando, de este modo, como defiende Orlando de Carvalho, su protección *imagética*⁵⁵. En este sentido, se confirma que la imagen tampoco se reduce al rostro del individuo, sino que su protección constitucional se aplica a todas las evocaciones personales *visibles* del aspecto físico externo que emanan del titular. Pretende, pues, el derecho portugués proteger un bien jurídico eminentemente personal, que tiene estructura de libertad fundamental y que otorga al titular el dominio sobre la propia imagen, de modo que es el titular del derecho el que determina quién y en qué medida puede registrarla o divulgarla⁵⁶. Se suele admitir en la doctrina lusitana que el contenido del derecho a la propia imagen se divide en: 1) el derecho a definir su propia *auto-exposición*, el derecho a no ser fotografiado, y a no ver su imagen expuesta al público sin su consentimiento; 2) el derecho a no ver representada su propia imagen en forma gráfica o en un montaje de manera ofensiva y maliciosamente distorsionada o infiel⁵⁷. En este sentido, en varias ocasiones el Alto Tribunal de Portugal ha establecido que “com o direito à imagem, por sua vez, visa-se salvaguardar o direito de cada um a não ser fotografado nem ver o seu retrato exposto em público, sem o seu consentimento e, bem assim, o direito a não ser apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel”⁵⁸.

⁵³ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 398.

⁵⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*...cit., p. 753.

⁵⁵ CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1970, p. 72; AcTC *Português* N° 263/97, Processo n° 179/95, 1ª Secção; AcTC *Português* N° 631/2005, Processo n.º 49/05, 2.ª Secção.

⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. “Sobre a reforma do Código Penal *Português*”...cit., p. 494.

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed...cit., p.467; REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil*...cit., p. 86; ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa*...cit., p.143-4.

⁵⁸ AcTC *Português* N° 263/97, Processo n° 179/95, 1ª Secção; AcTC *Português* N.º 319/95, Processo 200/94, 2ª Secção; AcTC *Português* N° 423/95, Processo 177/94, 2ª Secção; AcTC *Português* N° 631/2005, Processo n.º 49/05, 2.ª Secção; AcTC *Português* N° 628/2006, Processo n° 502/2006, 2ª Secção.

No obstante, a mi juicio, se ha de tener cuidado al referirse a este segundo aspecto de protección de la imagen humana, que defiende la doctrina y la jurisprudencia de Portugal⁵⁹. Es necesario, *ab initio*, distinguir entre la *alteración material*, que se hace por trucos técnicos; y la *alteración intelectual*, que es el caso de imágenes sacadas de su contexto y que inducen a juicios o conclusiones erróneas sobre la persona retratada⁶⁰. En la primera de las categorías de distorsión, se ha de aclarar que si se distorsiona o se altera *materialmente* una imagen⁶¹ y ésta se torna irreconocible, no será ilícita su utilización por cualquier persona, porque el derecho en análisis protege la imagen que haya sido distorsionada o alterada materialmente que todavía sigue siendo *reconocible*. En este sentido, dentro de la hipótesis de distorsión material, será preciso no confundir la protección del derecho a la propia imagen con las protecciones del derecho a la identidad personal, del derecho al honor y/o del derecho a la intimidad, dados los innumerables y comunes casos en los que se utiliza la imagen humana como “instrumento” para conculcar otros bienes jurídicos de la personalidad. Este último razonamiento también ha de aplicarse a los supuestos de alteración intelectual⁶².

⁵⁹ En este sentido, MORAES (Walter. “Direito à própria imagem (II) in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 444, out. 1972, p. 11-28) analizando la legislación alemana sobre el derecho a la propia imagen plantea que: “Quanto à usurpação, à falsificação, à adulteração, à modificação – por mais evidente que possa parecer a ilicitude de tais atos e, por conseguinte, a faculdade de o sujeito obstar-lhes a perpetração, o certo é que não os menciona a lei, a não ser implícitos na figura da falsa identidade do art. 307 do CP, ampla de um lado como figura de ilícito penal, mas bastante específica de outro, porquanto não escapa à esfera da identidade”.

⁶⁰ RAVANAS, Jacques. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978, p. 33 y ss; AZURMENDI ADÁRRAGA, *op. cit.*, p. 24; DINIZ, Maria Helena. “Direito à imagem e a sua tutela” *Estudos de direito de autor, direito da...cit.*, p. 96-97; DUVAL, Hermano. *Direito à imagem...* *cit.*, p. 45 y ss.

⁶¹ RAVANAS, Jacques. *op. cit.*, p. 33: “La falsification matérielle de l’image des personnes. Cette falsification est le résultat de ruses techniques qui relèvent toutes du trucage. Celui-ci se définit comme l’emploi de procédés habiles pour modifier une image. Le trucage photographique crée l’illusion d’une scène irréaliste; il aboutit à placer les personnes représentées dans une situation qu’elles n’ont pas vécue, il leur attribue un comportement qui n’est pas le leur, en un mot, il altère leur personnalité. A ce titre, il est, sembler-il, une forme de montage dont la notion recouvre une réalité beaucoup plus large».

⁶² RAVANAS, *op. cit.*, p. 37: “Il est inexact de penser que la modification matérielle du cliché, de l’épreuve photographique, est le seul moyen de falsifier une vérité. Bien que non truqué, une image est susceptible de prendre des significations diverses, de telle sorte que la même photographie est couramment utilisée pour illustrer des idées, des réalités différentes et même contraires, en effet, son sens ne dépend pas exclusivement de ce qu’elle montre, de la scène qu’elle révèle. Une suite d’images peut déjà, par le rapprochement des clichés successifs, ou juxtaposés, conduire le lecteur à une réflexion particulière, à une conclusion erronée, le rapprochement de deux ou plusieurs photographies d’une personne dont chacune est pourtant l’expression fidèle d’un moment par elle vécue, peut créer une impression non conforme à celle qu’elle entend donner au public”.

Ante estas observaciones, es indiscutible admitir, por tanto, que la CRP protege la facultad de excluir (negativa) la posibilidad de representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana. Sin embargo, una cuestión crucial es saber si los dos aspectos vistos del derecho a la propia imagen, el positivo y el negativo, se insertan en el concepto constitucional que la CRP quiso configurar. Ni la doctrina ni la jurisprudencia constitucional de Portugal han desarrollado un debate claro sobre este punto. Sin embargo, hay algunas indicaciones que pueden ayudar a precisar este planteamiento. Alegan algunos autores portugueses que la dimensión material de la imagen humana fundamenta la posibilidad de manipulación y, a la vez, su potencial patrimonial⁶³. El derecho a la propia imagen establece pues, como principio fundamental, que el retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o lanzado al comercio sin el consentimiento del titular⁶⁴. Además, la protección de la propia imagen no sólo está relacionada con la puesta en comercio, sino que también excluye cualquier forma de aprovechamiento no consentido, aunque sea para finalidades ideológico-partidarias⁶⁵. La doctrina de Portugal no está en desacuerdo con la opinión general de que el derecho a la propia imagen se desarrolla en dos vertientes: una positiva y otra negativa⁶⁶. Como sostiene Cláudia Trabuco, “por um lado, confere às pessoas a faculdade exclusiva de reprodução, difusão ou publicação da sua própria imagem, com carácter *comercial ou não* e, por outro, se caracteriza como o direito que tem a pessoa de impedir que um terceiro possa praticar esses mesmos actos sem a sua autorização”⁶⁷.

A su vez, la jurisprudencia constitucional se remitió al Código Civil portugués para delimitar el concepto constitucional del derecho a la imagen: “Com efeito, a referência que nesse artigo (art. 26.1) se faz à imagem, sem qualquer definição, leva-nos a pensar que se quis considerar o que a seu respeito se dispõe no nosso Código Civil, e só isso. *E basta uma leitura do artigo 79 do Código Civil* para se concluir que a protecção legal da imagem tem a ver não com aspecto da pessoa e a imagem que dela se tenha, mas sim e apenas com a imagem no sentido de retrato, seja em pintura, simples desenho, fotografia, *slide* ou filme, impedindo a sua exposição ou o *seu lançamento no comércio* sem autorização do retratado ou das pessoas citadas no nº 2 do artigo 71º do mesmo Código (...). Quer dizer, o artigo 79º do Código Civil tem em vista proteger a

⁶³ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p.401.

⁶⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*...cit., p. 753.

⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. I, Introdução as Pessoas, Os bens. Coimbra Editora: Coimbra, 1997, p.105-108.

⁶⁶ REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil*...cit., p.86.

⁶⁷ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p.405.

pessoa contra a utilização abusiva da sua imagem (...)”⁶⁸. Tal remisión, explica Machado, se hace porque “a conexão hermenêutica, sistémica e normativa que se estabelece entre os níveis constitucional, civil e penal, permite que também neste domínio o direito civil seja chamado a clarificar os limites dos bens jurídicos em presença”⁶⁹. En efecto, insisto, nunca ha llegado al Tribunal Constitucional portugués una demanda que cuestionara los lucros monetarios de la imagen de alguien que la haya usado así o haya considerado que se ha vulnerado su derecho constitucional. No obstante, la expresión empleada en esta decisión: “*seu lançamento no comércio sem autorização do retratado*”, parece admitir que la protección constitucional del derecho *in casu* estudiado comprende la posibilidad de aprovecharse el uso de la imagen humana con fines económicos. Además, el propio contexto progresista interpretativo de la CRP de 1976 se inclina en este sentido, pues existe una clara preocupación constitucional de proteger al derecho como un todo, abarcando todas las posibilidades de lesión que puedan surgir.

Por todo ello, ante la opinión doctrinal y ante esta definición operacional dada por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Portugal, estimo que la potencia patrimonial del derecho a la propia imagen sí está dentro del concepto constitucional puesto de manifiesto por el constituyente de 1976. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen portugués sería pues, coincidente con la opinión de María da Gloria Carvalho Rebelo, quien argumenta que tal derecho “*faculta às pessoas a reprodução da própria imagem, com carácter comercial ou não (vertente positiva) visto que, na vertente negativa, é o direito que tem a pessoa de impedir que um terceiro possa captar, reproduzir, ou publicar a sua imagem sem autorização*”⁷⁰. No se aleja, pues, el concepto lusitano del derecho constitucional a la propia imagen del concepto que he formulado en el apartado anterior, el cual contiene tanto el aspecto negativo, como el positivo.

b) *El concepto del derecho a la propia imagen en España*

Es oportuno resaltar que la inserción de la palabra “imagen” en la redacción del artículo 18.1. de la Constitución española de 1978 inaugura la protección constitucional expresa del derecho a la propia imagen, no sólo en la historia constitucional española sino en el constitucionalismo occidental. Resalta Pardo Falcón que el derecho a la propia imagen no aparece inicialmente inserto en el Anteproyecto de Constitución, aunque sí se alude al mismo de manera expresa en el artículo 20.5, como uno de los límites específicos de las libertades de

⁶⁸ AcTC *Português* N.º 6/84, Processo n.º 42/83, AcTC *Português* N.º 130/88, Processo 110/86; AcTC *Português* N.º 128/92, Processo 260/90, 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 129/92, Processo 329/90.

⁶⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...cit.*, p.759.

⁷⁰ REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil...cit.*, p.86.

expresión⁷¹. Posteriormente, las Cortes Constituyentes, elegidas en junio de 1977, reconocieron de modo expreso el derecho a la propia imagen como un derecho autónomo, convirtiéndose así la Constitución española de 1978 en la primera en configurarlo de esa manera⁷².

La característica más notable y relevante del estudio del derecho a la propia imagen en España es su bipartición en dos contextos bien distintos: el moral y el patrimonial. Tanto la jurisprudencia como la doctrina españolas hacen una clara diferencia entre el ámbito constitucional del derecho *fundamental* a la propia imagen y el ámbito *patrimonial-civil* que el derecho a la propia imagen puede tener. En España se considera la facultad negativa (de exclusión) como el concepto moral/constitucional de imagen; de otro lado, la facultad positiva (de aprovechamiento) integraría su vertiente patrimonial/infraconstitucional. Explica López Mingo Tolmo que el derecho constitucional a la propia imagen es el de carácter moral, el derecho que se tiene a que los rasgos físicos que distinguen al individuo de los demás no sean divulgados sin su consentimiento. El derecho patrimonial a la propia imagen es la proyección estrictamente económica, material, simplemente pecuniaria, es el derecho subjetivo patrimonial que tiene protección infrakonstitucional; se trataría de la dimensión legal, supuestamente un derecho de propiedad intelectual más⁷³.

Para corroborar esta tesis de la distinción entre ambas vertientes, es conveniente traer a colación la aclaradora STC 81/2001, que delimita el ámbito de protección constitucional de tal derecho: “En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos

⁷¹ PARDO FALCÓN, Javier. “La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen” en *Propiedad y Derecho Constitucional*, coord. Francisco J. Bastida, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p. 349; LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho...* cit., p. 26. La redacción primitiva del párrafo, según apareció en el Anteproyecto de Constitución era el artículo 21 apartado 1, del borrador publicado en la prensa diaria el 25 de noviembre de 1977, y decía “Se garantiza el honor y la intimidad personal y familiar”. Este texto fue objeto de tres enmiendas en el Congreso de los Diputados y una de éstas planteaba oportunamente la inclusión de la garantía del derecho a la propia imagen. Ya en el Senado, este artículo fue objeto de una sola enmienda que consideraba que no era necesario aclarar que la intimidad es personal y familiar, pues significa una zona espiritual íntima de una persona o de un grupo, especialmente de una familia y que la propia imagen era un concepto que sobraría por impreciso ya que lo englobaban los dos anteriores. Dicha enmienda fue rechazada y el artículo permaneció con la redacción ahora en vigor (*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*).

⁷² HERRERO-TEJEDOR, F. *Honor, intimidad ...* cit., p. 49 y ss.

⁷³ LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. *El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices – publicitarios*. Vision Net: Madrid, 2005, p. 29-30.

personales que puede tener difusión pública (...) 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 (...) pretende salvaguardar 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, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana⁷⁴. (...) Así, pues, lo que se pretende con este derecho, en su *dimensión constitucional*, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas⁷⁵.

En esta línea de razonamiento, conviene referirse a las palabras de URÍAS, que aclara que el bien protegido (constitucional) no es, desde luego, la capacidad de enriquecimiento, sino la dignidad de la persona⁷⁶. El ciudadano tiene derecho a controlar los usos lucrativos de la evocación de su persona, precisamente para evitar que un valor tan ligado a la idea misma de persona – como es su representación – pueda ser explotado comercialmente. La utilización de la imagen de un ciudadano para estos fines supone un modo de humillación que viene a degradar el concepto mismo de persona, y por eso lo prohíbe la Constitución. Como conclusión, URÍAS plantea que la gran innovación y beneficio constitucional que se ha introducido en la CE sobre los negocios relativos a la propia imagen es que pueden ser siempre revocables por el ciudadano. De hecho, inicialmente, lo que se extrae de la jurisprudencia dictada por el TC sobre el derecho a la propia imagen es que como derecho fundamental su alcance llega hasta donde se verifique la finalidad de garantizar, de un lado, un ámbito vital reservado, que es condición indispensable para gozar de una calidad de vida en conformidad con las pautas culturales actuales, y de otro, un poder de decisión sobre la imagen en cuanto manifestación individual de la persona, como ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. El derecho fundamental a la propia imagen salvaguarda una esfera personal del individuo, necesaria para su propio reconocimiento como tal y, en definitiva, para la dignidad humana. No parece que quepa incluir en su ámbito el derecho a la explotación económica exclusiva de la imagen, el cual, sin embargo, puede estar perfectamente reconocido, como de hecho lo está, en un nivel infraconstitucional⁷⁷. El artículo 18.1. de la CE limita la protección extraordinaria al núcleo fundamental de

⁷⁴ (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 13)

⁷⁵ Doctrina que sigue en la STC 156/2001, de 2 de julio FJ6 y STC 83/2002, de 22 de abril, FJ4.

⁷⁶ URÍAS MARTÍNEZ, J. P. *Lecciones de derecho a la información*, p. 146 y ss.

⁷⁷ PASCUAL MEDRANO, A. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 81-82.

expresiones reservadas de una persona y tal protección se establece para que las concretas manifestaciones empleadas no comprometan valores fundamentales de la personalidad del efigiado⁷⁸. El resto de manifestaciones y, en particular, las que afectan exclusivamente a aspectos patrimoniales (no morales) se protegen a través de la legalidad ordinaria. Por ello, se entiende que las otras derivaciones de la imagen humana, como puede ser su rendimiento económico, no entran dentro de la protección constitucional del derecho a la propia imagen, pues como afirma Pérez Royo, la propia imagen es un derecho de la personalidad, la explotación económica de la propia imagen no lo es⁷⁹.

Sin embargo, tal clasificación no impide, como el propio TC español advierte, que la utilización comercial de la imagen de una persona sin su consentimiento siga constituyendo una vulneración del derecho fundamental. La captación, reproducción o publicación sin consentimiento de la imagen de una persona, con independencia de su finalidad, constituye, en principio, una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, ya que con ello se está interfiriendo en el ámbito de libre determinación individual amparado por el mismo. El hecho de que el uso no consentido de la propia imagen tenga fines comerciales no excluye, *a priori*, un daño moral – una lesión del derecho fundamental – al margen del perjuicio patrimonial⁸⁰. Como han reconocido tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, resulta obvio que una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen con consecuencias patrimoniales adquiere una inmediata relevancia constitucional (caso de la utilización no consentida de la imagen de una persona con una finalidad publicitaria o comercial, sin ir más lejos)⁸¹. Se tendrá, en estos casos, pues, un cometido *híbrido o heterogéneo* del contenido moral/negativo del derecho a la propia imagen.

En esta dirección, pese a la existencia de la división entre los dos conceptos del derecho a la propia imagen en España, en mi opinión, la imagen siempre estará conectada a la *individualidad* de la persona humana. Por este motivo, tanto si se considera desde la perspectiva de su aspecto negativo como del positivo, el derecho a la propia imagen nunca dejará de pertenecer a la categoría de los derechos de la personalidad⁸². Esta posición ya fue expresada

⁷⁸ COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica...* cit., p. 105-106.

⁷⁹ PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional* (rev. Manuel Carrasco Durán). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005, p. 386.

⁸⁰ PASCUAL MEDRANO, A. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 81-82.

⁸¹ PARDO FALCÓN, Javier. “La dimensión patrimonial...” cit., p. 347-375.

⁸² En este sentido plantea GORROTXATEGI AZURMENDI (M. “El derecho a la imagen, objeto de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.42, mayo-agosto de 1995, p. 349-374) que “si bien su dimensión patrimonial ha de modular el régimen aplicable, admitiendo su disposición, también hay que tener presente el estado latente del

por el Tribunal Constitucional español, que en la STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3, admite que “mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad (...) *mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado*”⁸³. Al analizar tales supuestos, ha de prevalecer, pues, una concepción ecléctica o finalista, como defiende García Garnica, para delimitar la distinción entre la vertiente moral y la patrimonial del contenido del derecho a la propia imagen, considerando, con carácter general, que se estará ante un acto de ejercicio del contenido esencial de este derecho cuando se ejerza la facultad de consentir la utilización de la imagen, o se rechace su reproducción, utilización y difusión, siempre que no se tenga como finalidad, en sentido estricto, la creación de derechos de carácter económico, supuesto en el que regirán las reglas propias de naturaleza jurídica patrimonial⁸⁴.

En realidad, un interrogante que ha de plantearse es cuál sería el motivo de esta discusión material en torno al derecho a la propia imagen. Esta diferenciación española se hace necesaria para fines teóricos y prácticos. Teóricos, porque delimita el campo conceptual de cada aspecto del derecho a la propia imagen, i.e., el negativo-constitucional y el positivo-civil. Prácticos, pues en el terreno procesal, el Tribunal Constitucional Español únicamente se manifiesta respecto al derecho a la propia imagen en su vertiente constitucional/negativa. Este límite orgánico de actuación del citado Tribunal está inserto en el apartado 2 del artículo 53 de la Constitución Española⁸⁵, y esta orientación constitucional

derecho de la personalidad que debe poder aflorar cuando su titular lo estime conveniente. No puede obligarse a una persona que, p.e., haya cedido el poder de difundir su imagen a cambio de un precio en determinado momento de su vida, a que soporte su difusión en cualquier momento futuro. La imagen, unida indisolublemente a la persona, se implica en el desarrollo de su personalidad; la comprensión de su uso puede variar en el tiempo. No aceptar esta evolución que comporta cambio, sería negar un aspecto de la personalidad desarrollada. No puede negarse a nuestro juicio, la extensión de un derecho constitucional en base a su limitación proveniente de un título civil contractual”.

⁸³ No obstante en el FJ 2 de la STC 81/2001, de 26 de marzo, y en el FJ 6 de la STC 156/2001, de 2 de julio, rechaza el Alto Tribunal abiertamente que la vertiente estrictamente patrimonial de la imagen forme parte del contenido del derecho fundamental, relacionado exclusivamente con la protección de una esfera moral.

⁸⁴ GARCÍA GARNICA, María Carmen. “Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y la propia imagen y su trascendencia jurídica” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González), Vol. 1, 2004, págs. 1867-1884.

⁸⁵ Art. 53.2: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios

se plasmó en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el art. 2.1.b)⁸⁶. Por ello, en una de las oportunidades en que ha tenido que pronunciarse sobre el aspecto positivo del derecho a la propia imagen, el Alto Tribunal delimitó su campo de actuación material, como en la STC 321/1988: “no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos *patrimoniales*”. Sobre tal deslinde, aduce de forma congruente Pardo Falcón que la dimensión personal del derecho a la propia imagen ha de estar integrada por el aspecto negativo del derecho, consistente en la facultad de oponerse a cualquier injerencia no consentida en la propia imagen cualquiera que fuera su finalidad, pero también por un aspecto positivo circunscrito a la facultad de disposición, siempre que su propósito de manera directa o indirecta no tuviera carácter lucrativo, pues difícilmente puede adjetivarse de patrimonial un acto en el que la utilización de la imagen no se vincula en absoluto al valor económico que pudiera tener⁸⁷. Esta postura sería la más adecuada a la finalidad del constituyente, el cual quiso ubicar en dos Secciones distintas los derechos fundamentales del Capítulo II del Título Primero, reservando la primera de ellas para aquéllos carentes de contenido económico o patrimonial.

El aspecto constitucional del derecho a la propia imagen pretende garantizar la *inviolabilidad personal* que condiciona, por su parte, el libre desarrollo de la propia personalidad, y, por estos motivos, esta vertiente constitucional puede ser invocada a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁸⁸. De otro lado, el ámbito patrimonial se identifica con la facultad de explotar comercialmente la imagen concretada, con contornos estricta y evidentemente mercantiles, confirmando la posibilidad de explotación económica de la propia imagen. La defensa de esa dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen, empero, sólo tendrá acceso al Tribunal Supremo si se dan los presupuestos genéricos, pues no está protegida por el recurso de amparo ante

por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

⁸⁶ “El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: (...) b) del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53.2 de la Constitución”.

⁸⁷ PARDO FALCÓN, Javier. “La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen”... cit., p. 368. El autor ofrece el buen ejemplo del caso del uso consentido de la imagen por los medios de comunicación que hacen quienes se dejan fotografiar para ilustrar un reportaje sin recibir contraprestación pecuniaria, o también el de la utilización autorizada mediante contrato, a título gratuito, con una finalidad publicitaria sin ánimo de lucro (de carácter institucional ...).

⁸⁸ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3, y 99/1994, de 11 de abril, FJ 5.

el Tribunal Constitucional. En definitiva, la importancia de diferenciar entre la dimensión moral y la patrimonial del derecho a la propia imagen radica en que esta última no es susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional y se sitúa extramuros de la protección constitucional del artículo 18.1 de la CE, si bien la protección por la ley seguirá siendo alegable ante la jurisdicción ordinaria, incluido el Tribunal Supremo⁸⁹.

c) El derecho a la propia imagen en Brasil

Influida por las Constitución portuguesa y por la Constitución española, la Constitución brasileña, con el fin de suplir una carencia existente en el ordenamiento constitucional de Brasil, estableció expresamente que la honra, la intimidad, la vida privada y la imagen son derechos inviolables de la persona. Dada la falta de un proyecto rector del texto constitucional, y con la intención de orientar a los constituyentes, se hicieron las llamadas audiencias públicas, en las que renombrados especialistas en una determinada materia exponían la historia, las carencias normativas y sus opiniones, todo ello en las subcomisiones de la Asamblea de 1987. Por supuesto, es incontestable que tales ponencias tuvieron un influjo preponderante en la redacción del texto constitucional. Se llamó al jurista Cândido Mendes, que compareció el día 24 de abril 1987 en la octava reunión de la Comisión de Soberanía y de los Derechos y Garantías del Hombre y de la Mujer (Subcomisión IC de Derechos y Garantías Individuales), para disertar sobre los “*Novos Direitos Humanos*”, oportunidad en la que el derecho a la propia imagen protagonizó algunos momentos de su intervención⁹⁰. Es cierto que la constitucionalización del derecho a la propia imagen estableció la autonomía de este derecho. Junto con los “nuevos” derechos de la personalidad, el derecho a la propia imagen se insertó en la parte dogmática del Texto Constitucional, en el Título II: “*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*” de la Constitución Brasileña de 1988, y es citado en tres incisos distintos del artículo quinto. Estas tres menciones del derecho a la propia imagen en tres normas diferentes han abierto una discusión doctrinal sobre si se trata del mismo objeto de protección jurídica, o si existe una diferencia conceptual entre ellas.

El inciso X inserta la imagen en el contexto de la *inviolabilidad personal*, junto con los demás derechos de la personalidad allí establecidos: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,*

⁸⁹ COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica...* cit., p.151.

⁹⁰ Actas da Assembléia Nacional Constituinte, p. 63 y ss in: www.camara.gov.br. Cândido Mendes era Secretario General de la Comisión de Justicia y Paz, de Río de Janeiro, Presidente del Consejo de Ciencias Sociales de la UNESCO, Presidente del Conjunto Universitario Cândido Mendes y Relator de estos temas en la rechazada Comisión Afonso Arinos.

*assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*⁹¹. De la redacción de la norma se ha de interpretar que el titular del derecho a la propia imagen posee la facultad de excluir (negativa) y de explotar (positiva) la posibilidad de representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que le singularicen y hagan reconocible su figura humana, pues la expresión “*dano moral ou material*” en tal inciso refuerza que la imagen tiene este sentido. Desde la perspectiva de la génesis del precepto, se comprueba que la idea que prevaleció en la Asamblea Nacional Constituyente de 1987 define la imagen como representación gráfica sensible y *visible* del *aspecto físico externo* de la figura humana de una persona⁹².

Analizando la doctrina y la jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal*, se constata una confluencia con la idea de que la configuración constitucional de la palabra imagen coincide con el mensaje del “nacimiento” de este precepto. En este sentido, la opinión doctrinal⁹³

⁹¹ BRASIL. *Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988* (trad. y notas por Antonio López Díaz y Cesar García Novoa, Brasilia, 1990. Sobre la inserción de este apartado en el texto constitucional de Brasil, JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Influência, Coincidência e Divergência Constitucionais: Espanha/Brasil” in: *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano* (coord. por Francisco Fernández Segado), 2003, p. 221-238) afirma que “se compararmos esse dispositivo com o art. 18.1, da Constituição Espanhola, perceberemos sem esforço a semelhança que autoriza a reconhecer que este constitui *fonte* daquele (...) é nítida a filiação do texto brasileiro ao texto espanhol.

⁹² Cf. BRASIL. *O Processo Histórico da Elaboração do texto Constitucional – Assembléia Nacional Constituinte 1987-1988*. Brasilia, 1993. También consultando la página web www.senado.gov.br.

⁹³ Para citar algunos: ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. “Direito autoral e direito de arena” In: *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, v.1, n.4, p.79-96, out./dez., 2000; ARAÚJO, Nadia de. “Princípio da dignidade da pessoa humana e direito à imagem” in: *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, nº 1, jan-mar/2006, p. 267-278; ARRIBAS, Bruno Felipe da Silva Martin de. “Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade” in *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 164, p. 347-366, out./dez., 2004, (p. 350); BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, *Íd.* “Direito à própria imagem” in *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, nº 2, p. 179-190, 1996; OLIVEIRA, Swarai Cervone de. “Livre exercício do direito de imprensa – direito de uso da imagem - dano moral não configurado” in *Ciência Jurídica*, v. 19, n. 124, p. 351-356, jul./ago., 2005; MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. “Liberdade de expressão, de informação e direito a imagem sob o ângulo constitucional” (Capítulo de livro) in *Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento*. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004, p. 143-162; D’ALVA, Milena FONTGALLAND. “O direito à imagem e a liberdade de imprensa” in *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, v.6, n.21/22, p.241-249, abr./jul., 2004 (p.244); RSTON, Sergio Martins. “Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória” in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: Nova Série*, v.7, n.14, p.91-105, jul./dez., 2004 (p. 93); NETTO FRANCIULLI, Domingos. “A proteção ao direito à imagem e a constituição federal” in *Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v.16, n.1, p.19-38, jan./jun., 2004 (p.32); LIMA, Arnaldo Siqueira de. “O direito à imagem” em *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 792, outubro de 2001, Primeira Seção, p. 451-463, *Íd.* *O direito a imagem: proteção jurídica e limites de violação*.

majoritaria⁹⁴ admite que en el mismo está comprendida la imagen desde el punto de vista moral/negativo⁹⁵, pues como sostiene Gilberto Haddad Jabur “é inquestionável o direito da pessoa, posto que respeitante à personalidade, em não ter divulgada a sua imagem, tenha ou não a divulgação fins lucrativos (...) retratar uma pessoa sem que ela saiba ou contra a sua vontade é um ato ilícito, ofensivo ao direito à própria imagem”⁹⁶.

No obstante esta protección clara de la vertiente moral del contenido del derecho a la propia imagen en Brasil, hay acuerdo unánime en que el precepto constitucional del inciso X, del artículo 5º, comprende tanto el aspecto negativo como el *positivo*, a diferencia del concepto de la propia imagen en España⁹⁷.

Brasília: Universa, 2003; SANTO, Marcelo do Espírito. “O direito de imagem e a pesquisa museal: construindo uma chave de acesso ao direito de personalidade” in *Revista de direito privado*, v.6, n.21, p.165-174, jan./mar., 2005 (p.166); DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002; p. 126, en “Direito à imagem e a sua tutela”, *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 79-106 y en sus comentários al Código Civil Brasileiro en FIUZA, Ricardo; et. All. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31-33; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. “Responsabilidade civil objetiva dos meios de comunicação por ofensa aos direitos da personalidade” in: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n.64, p.39-56, jul./set., 2005; BELLINI JUNIOR, João. “Reflexos tributários na cessão do direito de imagem e uso do nome profissional” In: *Interesse Público*, v.5, n.22, p.107-124, nov./dez., 2003; RODRIGUES, Cláudia. “Direito autoral e direito de imagem” in: *Revista dos Tribunais*, v.93, n.827, p.59-68, set., BBD, 2005; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. “Direito de arena” In: *Revista de direito privado*, v.6, n.22, p.226- 240, abr./jun., 2005; TERREL, Joseph Robert. “O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem” in *Revista do Direito Trabalhista*, v. 9, nº 11, p. 17-21, Nov. 2003.

⁹⁴ El jurista WALTER MORAES (“Como se há de entender o direito constitucional a própria imagem” in *Repertório IOB Jurisprudência : Comercial, Civil e Outros*, n.5, p.84-82, 1.º quin. mar., 1989) afirma que “a regra constitucional da imagem, notadamente a do inciso X do art. 5º, não é uma norma programática, como soem dizer das normas que requerem regulamentação e não são auto-aplicáveis. O precepto do direito à imagem das pessoas, conquanto comporte disciplina ordinária para alcançar a extensão jurídica atingida pela doutrina e pelas leis estrangeiras, não é programático; contém um mínimo auto-aplicável a saber: protege a *imagem pessoal correspondente, objetivamente, ao conceito mais vulgar de imagem* e, subjetivamente, ao direito exclusivo de uso, gozo e disposição da imagem pelo titular.”

⁹⁵ BERTI, Silma Mendes. “Direito à própria imagem” in *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, nº 2, p. 179-190, 1996 (p.182): “o direito à imagem, que integra uma área de estudos relativamente recentes, consiste na faculdade que tem a pessoa de impedir a captação, reprodução e divulgação não consentida de sua imagem, e de poder utilizá-la, dentro dos limites impostos pela natureza e pela lei”.

⁹⁶ JABUR, Gilberto Haddad. “Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil” in *Questões controvertidas no novo código civil*, v.1, São Paulo: Método, 2004, p. 11-44.

⁹⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção constitucional da própria imagem...* cit., p. 83: resalta que en el inciso X, del artículo 5º, se tutela la *imagen-retrato*, la cual será invocada “sempre que houver utilização indevida da imagem, poderá seu titular se opor. A utilização indevida da imagem, portanto, gera imediatamente direito de oposição do titular dessa imagem. A utilização indevida engloba qualquer das formas já especificadas acima, ou seja, pode-se verificar a violação

La inclusión del aspecto positivo en sede constitucional pretende conferir más eficacia y respeto al derecho a la propia imagen como un todo, porque cuanto más abierto sea el concepto, más hipótesis de tutela constitucional se le han de atribuir y más atención se deberá dedicar al estudio constitucional de este derecho. Así, es incontestable que la imagen que está inserta en el inciso X, del artículo 5º de la Constitución, posee esa doble protección jurídica, pues como plantea Affornalli: “o direito à imagem compõe-se de elemento moral e material, resultando deste fato a alegação de que possui conteúdo duplo. O conteúdo moral se evidencia quando da proteção do interesse da pessoa que deseja impedir a divulgação de sua imagem, e o elemento material dá ao titular do direito a possibilidade de exploração”⁹⁸.

La adopción de este concepto (moral/patrimonial) del derecho a propia imagen puede ser ilustrada por varias sentencias del Tribunal Supremo de Brasil, en especial la decisión del caso *Cássia Kis*, el RE 215984, de 4 de Junio de 2002, la cual afirma que “Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, *com intuito comercial ou não*, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X”⁹⁹. Lo que en realidad se discute en la cuestión de fondo es la posibilidad de la indemnización moral, combinada con la indemnización material, por el uso no consentido de la imagen de la titular. En la fundamentación jurídica del aludido *acórdão*, el voto del ponente (el cual siguieron los demás magistrados) cita, a título de ilustración, otras dos sentencias, que aceptan, de modo manifiesto, el aspecto positivo mercantil del derecho a la propia imagen: el caso de la *Pas-sista da escola de samba Beija Flor*, el RE 95872, de 10 septiembre de 1982, que declara: “A divulgação da imagem de pessoa, *sem o seu consentimento*, para *fins de publicidade comercial*, implica em locupletamento ilícito a custa de outrem, que impõe a *reparação do dano*”¹⁰⁰; y el caso *Denis Carvalho*, decidido en el *acórdão* del RE 91328, de 2 de octubre de 1981, en el cual se establece: “diante da utilização de fotografia, em *anuncio com fim lucrativo*, sem a devida autorização da pessoa correspondente. *Indenização pelo uso indevido*

da imagem, como publicação indevida de um retrato ou a utilização da imagem de alguém como sua, hipótese de usurpação da fisionomia

⁹⁸ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem...cit.*, p. 37.

⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo RE 215984 / RJ - Rio de Janeiro, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Carlos Velloso, 04/06/2002, Segunda Turma, Publ. DJ: 28-06-02, pp. 00143, Ementa vol-02075-05, pp-00870, RTJ vol-00183-03, pp. 01096.

¹⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo RE 95872 / RJ - Rio de Janeiro, Recurso Extraordinário, Relator(a) Min. Rafael Mayer, 10/09/1982, Primeira Turma, Publ. DJ 01-10-82, p. 09830, Ementa vol-01269-02, p. 00561, RTJ vol-00104-02, p. 00801.

da imagem. Tutela jurídica resultante do alcance do direito positivo¹⁰¹. A tenor de estas alegaciones, se deduce con toda nitidez que tanto de modo tácito, por el objeto y por la fundamentación jurídica del recurso, como de modo expreso, por la mencionada expresión que alude al objetivo mercantil del uso de la fotografía, que el *STF* admite la vertiente patrimonial del concepto del derecho a la propia imagen del inciso X, del artículo 5º, de la vigente Constitución de Brasil, uniéndose a la postura doctrinal mayoritaria¹⁰².

Por otra parte, la imagen citada en el inciso XXVIII, “a” (XXVIII – *são assegurados, nos termos da lei: a) proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas*), se refiere a la protección del *direito de arena*, pues protege al titular que ha contribuido con su imagen individual en un espectáculo colectivo. Al examinar este inciso, se ha de percibir que su ubicación, atendiendo a la sistemática del texto constitucional, no está junto a los derechos individuales y las libertades públicas (negativas, de abstención) frente al Estado, para los cuales se han reservado los primeros párrafos del artículo 5º. En efecto, se comprueba, con un análisis literal, que el contexto del inciso XXVIII, “a” (*direito de arena*), no es el mismo que el del inciso X (inviolabilidad personal), pues está dedicado a la protección del derecho a la propiedad intelectual. Se tutela al *co-autor o partícipe* que ha creado la *obra*, así como a quienes hayan participado individualmente en ella con su imagen o voz. Consultando las actas de la Asamblea Constituyente, se constata que la redacción dada este inciso ha estado influida por la exposición del escritor José Louzeiro sobre el “Direito Autoral”, presentada en la subcomisión de derechos y garantías individuales¹⁰³. Para tal intervención, el ponente usó la base doctrinal del libro

¹⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo RE 91328 / SP - São Paulo; Recurso Extraordinário, Relator(a) Min. Djaci Falcão, 02/10/1981, Segunda Turma, Publ. DJ 11-12-81, p. 12605, Ementa vol-01238-02, p. 00383, RTJ vol-00103-01, p. 00205.

¹⁰² Este trabajo se centra en el estudio del derecho a la propia imagen en el ámbito estrictamente constitucional, y por ello me dedico a analizar la jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal de Brasil*. No obstante, el *Superior Tribunal de Justicia* también ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre el tema, y lo hizo en varias oportunidades, de las cuales indico dos: el Recurso Especial 74.473 – RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Direito autoral. Direito à imagem. Produção cinematográfica e videográfica. Futebol. Garrincha e Pelé. Participação do atleta. Utilização econômica da criação artística, sem autorização. Direitos extrapatrimonial e patrimonial. Locupletamento. Fatos anteriores às normas constitucionais vigentes. Prejudicialidade” y el Recurso Especial 67.292-RJ, STJ, 4ª Turma, Relator Min. Barros Monteiro, publ. 12-4-99: “ a exploração indevida da imagem de jogadores de futebol em álbum de figurinhas, com o intuito de lucro, sem o consentimento dos atletas, constitui prática ilícita a ensejar a cabal reparação do dano. O direito de arena, que a lei atribui às entidades desportivas, limita-se a fixação, transmissão e retransmissão de espetáculo esportivo, não alcançando o uso da imagem havido por meio da edição de álbum de figurinhas”.

¹⁰³ Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento), quarta-feira 27 de Maio de 1987, p.74 y ss. Disponible en www.camara.gov.br.

“Direito de Autor”, de Antonio Chaves¹⁰⁴, y los principios positivos de la ley de derechos de autor vigente en aquella época, la *Lei* n° 5.988, de 14 de diciembre de 1973. Así, puede encontrarse la raíz de la redacción del inciso XVIII, “a”, si se examina el artículo 100, del Capítulo IV (*direito de arena*), del Título V (*dos direitos conexos*), de la ya derogada *Lei*.

Esta *Lei* ya se refería al llamado *direito de arena*, una innovación brasileña en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual¹⁰⁵. El *direito de arena*, según Antonio Chaves, sería la “prerrogativa que compete ao esportista de impedir que terceiros venham, sem autorização, divulgar tomadas de sua imagem ao participar de competição, ressalvados os casos expressamente previstos em lei”¹⁰⁶. En este sentido, aclara Oliveira Ascensão que “o direito de arena surge a propósito de um espectáculo desportivo público, com entrada paga (art. 100). Pressupõe portanto a intervenção de participantes que são genericamente designados pela lei como atletas. Todavía, o direito de arena não é atribuído ao atleta, mas sim à entidade a que esteja vinculado o atleta (ou ao clube, em linguagem mais corrente). É esta que tem o direito de autorizar, ou proibir, o aproveitamento do espetáculo (...)”¹⁰⁷. El titular del “direito de arena” es la entidad a la cual pertenece el atleta, el cual, a su vez, tendrá la protección constitucional de su derecho a la propia imagen por la participación individual en el espectáculo. El “direito de arena” alcanza al conjunto del espectáculo y el derecho a la propia imagen se destina a proteger a la persona individual. Esta es una situación muy fácil de ver en el caso de los partidos de fútbol: los equipos tendrían el “direito de arena” de negociar, autorizar y prohibir la transmisión o la retransmisión de la “imagen del espectáculo” en el que participan, mientras que al jugador-atleta le estaría asegurada constitucionalmente la protección de la participación individual por el uso de la representación gráfica de su propia imagen. Esta es la concepción casi unánime en la doctrina¹⁰⁸. El inciso XXVIII, “a”, del art. 5º, tutela constitucionalmente

¹⁰⁴ CHAVES, Antônio. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

¹⁰⁵ Afirmaba ASCENSÃO (José de Oliveira. “Direito ao Espectáculo” in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n° 366, p 41-55, maio 1987) que ni el ordenamiento jurídico portugués ni en cualquier otro, había una previsión análoga.

¹⁰⁶ CHAVES, Antônio. *Direito de arena*. Campinas: Julex Livros, 1988, p. 15.

¹⁰⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. “Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena” In: *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, n° 167, p.37-42, 1992.

¹⁰⁸ Para estudiar mejor el *direito de arena*, vid: ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direito ao Espectáculo” in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n° 366, p 41-55, maio 1987; ASCENSÃO, José de Oliveira. “Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena” In: *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, n° 167, p.37-42, 1992; ASCENSÃO, José de Oliveira. “Princípios constitucionais do direito de autor” In: *Revista brasileira de direito constitucional*, n.5, p.429-442, 2005; ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direitos de Não-Atletas Participantes de Espectáculo Desportivo Público” In: *Tabulae*, v.16, n.13, p.23-52, dez., 1984; ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. “Direito autoral e direito de arena” In: *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, v.1,

la “imagen participativa”, i.e., se protege la participación de la persona que a través de su imagen integra la “obra colectiva”. Por ello, insisto, nada aporta esta disposición al concepto constitucional del derecho a la propia imagen del inciso X (inviolabilidad personal).

La finalidad de este artículo científico no me permite debatir, con la profundidad que el tema merece, la protección del inciso V (*direito de resposta*): “*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”. Entiendo que la imagen descrita en este polémico inciso tampoco innova el concepto del inciso X (inviolabilidad personal). Tanto es así que fue Cândido Mendes el ponente que expuso la importancia de la inserción del *direito de resposta* en el seno constitucional¹⁰⁹. El precedente legislativo que dio forma al inciso V (*direito de resposta*) fue el artículo 29, de la *Lei* nº 5.250, de 09 de febrero de 1967: “Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem *direito a resposta ou retificação*”. Pienso que con el inciso V (*direito de resposta*) se pretendió garantizar, de modo elocuente, el derecho de rectificación¹¹⁰, asegurando también la indemnización del daño a la propia imagen, dando a éste un papel relevante¹¹¹.

n.4, p.79-96, out./dez., 2000; BELLINI JUNIOR, João. “Reflexos tributários na cessão do direito de imagem e uso do nome profissional” In: *Interesse Público*, v.5, n.22, p.107-124, nov./dez., 2003; CHAVES, Antonio. “Direito de arena, também um direito do juiz” In: *Revista brasileira de educação física e desportos*, v.11, n.50, p.33-35, abr./set., 1982; CHAVES, Antônio. *Direito de arena*. Campinas: Julex Livros, 1988; CHAVES, Antônio. “Direito de arena” In: *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, v.77, p.235-256, jan./dez., 1982; COSTA NETTO, Jose Carlos. “Direito de arena, a defesa do atleta” In: *Revista brasileira de educação física e desportos*, v.10, n.47, p.11-12, jul./set., 1981; FRANCKINI, João Carlos. *O Contrato de imagem - artigo 42, lei n. 9.651/98 - como um instrumento à fraude*. Em: *Justiça do Trabalho*, v.20, n.236, p.59-61, ago. 2003; GRISARD, Luiz Antonio. “Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho de atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem” In: *Justiça do Trabalho*, v.20, n.229, p.54-63, jan., 2003; PIMENTA, Eduardo S. “O direito de arena e a empresa de radiodifusão” in: *Revista jurídica mineira*, v.9, n.109, p.7-12, set./out., 1994; RABELLO, Jose Geraldo de Jacobina. “Do Direito de arena” In: *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v.12, n.54, p.13-18, set./out., 1978; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. “Direito de arena” In: *Revista de direito privado*, v.6, n.22, p.226-240, abr./jun., 2005; TERREL, Joseph Robert. “O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem” in *Revista do Direito Trabalhista*, v. 9, nº 11, p. 17-21, Nov. 2003.

¹⁰⁹ Actas de la Assembléia Nacional Constituinte del día 24-4-1987, p. 69-70 in: www.camara.gov.br.

¹¹⁰ CARRILLO, Marc. “Derecho a la Información y Veracidad Informativa (Comentario a las SSTC 168/86 y 6/88)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Nº 23, Mayo-Agosto 1988, p. 187-206; CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “Sobre el derecho de rectificación” en *Poder Judicial*, Nº 6, 1987, p. 71-82.

¹¹¹ El derecho de respuesta ejerce el papel de protección de un derecho individual del titular y, a la vez, actúa como una garantía de que la sociedad debe recibir una información veraz. En

En mi opinión, el *iter constituyente* al citar “dano à imagem” no ha creado una nueva forma de indemnización, porque este daño está inserto en el daño moral¹¹². Si bien mi análisis sobre el contexto histórico, sistemático y lógico de los dos preceptos sea el mismo, la doctrina mayoritaria brasileña señala que la concepción de la palabra imagen tratada en el inciso V difiere de la acepción del inciso X. La mayoría de los autores en Brasil divide el citado derecho en dos conceptos: la *imagem-retrato* (X), que coincide con la protección de las exteriorizaciones de la personalidad humana; y la *imagem-atributo* (V), que consiste en la tutela del concepto de *imagen social* del individuo, procedente del desarrollo de sus relaciones sociales. Al examinar esa teoría en mi tesis doctoral, he comprobado que una gran parte de los autores confunde el concepto de la imagen-atributo bien con la *concepción fáctica de honor*, o bien con el moderno concepto del *derecho a la identidad personal*. La debilidad de la supuesta imagen-atributo empezaría en este punto, al no delimitar jurídicamente de modo convincente el objeto de tal pretendido derecho, ni aclarar sus objetivos, entrelazando así, de forma manifiesta, lo que sería ofensivo a tal figura jurídica con las vulneraciones al honor y a la identidad personal. Se constata que muchos de sus defensores consideran que los conceptos “*reputación*” y “*fama*” están protegidos por el aludido derecho a la propia imagen-atributo,

realidad, no se configura *materialmente* como un derecho fundamental, sino como una *garantía constitucional para la eficacia* de otros derechos e intereses legítimos.

¹¹² Según REALE (Miguel. “O Dano moral no Direito Brasileiro” in: *Temas de Direito Positivo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 20 e ss.), la doctrina francesa consagró la expresión *dommage moral*, la cual fue adoptada en Brasil. Por otra parte, la doctrina alemana lo denominó daño no patrimonial (daño *der nicht vermögensschaden ist*), expresión acogida también por la doctrina italiana (art. 2.059 del Código Civil Italiano de 1942). El daño moral, como se entiende hoy, tiene un concepto bien delimitado: el daño que no afecte al patrimonio de la víctima, el daño no patrimonial (GÓMEZ POMAR, Fernando. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°. 1, 2000). La crucial diferencia entre los dos tipos de daños es que los perjuicios patrimoniales son resarcibles (o pueden serlo) *stricto sensu*, retornándose al *status quo ante*. La existencia del daño moral ha estado vinculada a la teoría de los derechos de la personalidad (PÉREZ FUENTES, Gisela María. “Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España” en *Revista de Derecho Privado*, N°. 8, 2004, p. 111-146), pues se refiere justamente este tipo de indemnización a una vulneración de los derechos propios de la personalidad humana. Clasifica Roberto BREBBIA los daños morales en: A) Daños morales originados por la violación de los derechos inherentes a la personalidad, que protegen los bienes que integran el aspecto objetivo o social del individuo: a) honor, b) nombre, c) honestidad, d) libertad de acción, e) autoridad paterna, f) fidelidad conyugal, g) estado civil. B) Daños morales originados por la violación de derechos inherentes a la personalidad que integran el aspecto subjetivo del individuo: a) afecciones legítimas, b) seguridad personal e integridad física, c) intimidad, d) derecho moral de autor, e) valor de afección de ciertos bienes patrimoniales. En realidad, los casos de daños morales están relacionados, en sustancia, con la protección de los derechos de la personalidad. Por ello, los autores normalmente clasifican los daños morales según la especie del derecho de la personalidad vulnerado. Como no se pueden enumerar *numerus clausus* los derechos de la personalidad, tampoco hay que intentarlo cuando se habla de las posibilidades de daño moral.

figuras que, no obstante, están de modo inherente dentro del bien jurídico del honor. La doctrina mayoritaria de Brasil no acierta, tampoco, al incluir en el concepto de la imagen-atributo el derecho a la *verdad personal*, a la *historia personal*, a no ver *distorsionado* el perfil social de la personalidad del individuo, él o ella, pues estos bienes jurídicos son objeto del derecho a la identidad personal. Dadas las incongruencias técnico-jurídicas, fue imperioso admitir que ha prevalecido en las bases doctrinales de la supuesta figura constitucional de la *imagen-atributo* el concepto *vulgar* de imagen, pero éste no posee una consistencia teórico-jurídica contundente y fiable para ser considerado un derecho autónomo.

La influencia conceptual de las Constituciones de Portugal y de España en la Constitución brasileña se confirma con la interpretación que el *Supremo Tribunal Federal* da al derecho a la propia imagen: la representación de las expresiones o evocaciones visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la persona humana. La sentencia del caso *Cássia Kis*, por ejemplo, precisa que dentro del concepto constitucional de la propia imagen se tutela el derecho a no ver publicada la fotografía del titular, cuando no haya autorización para ello, pues se decide que en el caso de una utilización no consentida de la imagen de una persona, existirá un *daño moral* que ha de ser reparado. Conviene resaltar, pues, que el STF considera ilícita la utilización no autorizada de la imagen y, por ende, restringe su uso al alcance del consentimiento. En este sentido, se prohíbe la utilización ilícita de la imagen y, a la vez, garantiza su uso de acuerdo con la autorización dada por el titular del derecho. No hay duda de que la decisión confiere autonomía al derecho a la propia imagen, al afirmar que la publicación de la fotografía de alguien, sin su permiso, causa un malestar, del cual surge la necesidad de la protección constitucional¹¹³. Hay consenso en la doctrina en que el derecho a la propia imagen protege la “*representação física do corpo humano ou de qualquer de suas partes, ou ainda de traços característicos pelos quais ela possa ser reconhecida*”¹¹⁴ Excepto la ya comentada y rechazada propuesta de incluir

¹¹³ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 123: “A imagem que se protege como direito da personalidade é aquela que pode ser reproduzida através de representações plásticas, compreendendo o direito que tem a pessoa de proibir a divulgação de seu retrato. A imagem é a figura, representação, semelhança ou aparência de uma pessoa ou coisa. Para o direito da personalidade, a imagem é entendida como a representação gráfica da figura humana, mediante procedimento de reprodução mecânica ou técnica. Juridicamente, é facultada exclusivamente à pessoa do interessado a difusão ou publicação de sua própria imagem e, com isso, também o seu direito de evitar a sua reprodução, por se tratar de direito da personalidade. Assim, a reprodução da imagem da pessoa não pode ser publicada ou exposta sem a devida autorização da pessoa retratada”.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e

a las personas jurídicas en la tutela de este bien de la personalidad¹¹⁵, la opinión mayoritaria coincide en que el citado bien constitucional protege la *figura humana*¹¹⁶, pues se constituye en el derecho que “incide, pois, sobre a conformação física da pessoa”¹¹⁷. También hay acuerdo en entender que se incluye en esta protección constitucional no sólo la representación de las facciones de la persona¹¹⁸ sino también cualquiera de las partes del cuerpo humano, es decir, “fisionomia do sujeito, rosto, boca, partes do corpo, representação do aspecto visual da pessoa”¹¹⁹. Además, el ámbito normativo de tal derecho comprende la caricatura¹²⁰, prevaleciendo en territorio brasileño la tesis de DINIZ, quien afirma que la caricatura es “uma manifestação artística lícita e aceita pela sociedade, por ser uma imitação cômica da imagem, por meio de desenho, alterando os traços da pessoa de uma forma satírica”¹²¹. La doctrina brasileña también considera que la figura humana ha de ser reconocible, aunque muchos autores no hayan matizado los requisitos de visibilidad, reconocibilidad e individualidad, como he hecho en este trabajo¹²².

En resumen, en mi visión personal, dentro de un texto constituyente, articulado, sistematizado y lógico, las tres normas (incisos “V”, “X” y “XX-VIII, a”) de la Constitución Federal brasileña aluden a un único concepto constitucional del derecho a la propia imagen: la facultad de aprovechar (positiva) o de excluir (negativa) la posibilidad de la representación gráfica

da *Lei de Imprensa*” in *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Ano 4, vol. 16, outubro a dezembro de 2003, p. 59-102.

¹¹⁵ TORRES, Patrícia de Almeida de. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 128, la cual también puede ser entendida por SOUZA (Sergio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos a personalidade*. Barueri, SP: Manole, 2002, p. 84: “Sob o aspecto jurídico, o termo ganha profundidade e extensão, na medida em que se compreende como sendo a imagem da *pessoa física ou jurídica* não só o seu semblante, no aspecto físico (imagem retrato), mas também a imagem que as outras pessoas têm daquele ser (imagem atributo), vale dizer, aquela imagem que alguém faz de outrem quanto aos seus valores éticos-morais”.

¹¹⁶ Por todos, se citan dos: SILVA Junior, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores, socialites*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002, p. 14; FACHIN, Zulmar Antonio. *A Proteção Jurídica da Imagem*; prefácio de René Ariel Dotti. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 47.

¹¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 90.

¹¹⁸ Para citar tres por todos, MORAES, Walter. “Direito à própria imagem (I)... cit., p. 64; BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à ...cit*, p. 24; BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado...cit*, p. 35.

¹¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.

¹²⁰ DIAS, Jacqueline Sarmento. *O Direito à imagem... cit.*, p. 75 y s.

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. “Direito à imagem e sua tutela”... cit., p. 102.

¹²² CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana.