



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

El derecho de la propia imagen: estudio interdisciplinar y comparado

Myrthes Barbosa Lima

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Escola de Postgrau

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Mercantil

**EL DERECHO DE LA PROPIA IMAGEN: ESTUDIO
INTERDISCIPLINAR Y COMPARADO.**

Diretor: Antoni Font Ribas

Myrthes Barbosa Lima

Barcelona, 2017

Banca Examinadora

À mis padres, Myrson y Regina,
fuente abundante de amor y de apoyo,
pilar fundamental de esta tesis.

AGRADECIMIENTOS

Comenzamos con los agradecimientos no por una cuestión de simple cortesía o compromisos, sino porque hubiera sido imposible realizar este trabajo sin la ayuda de numerosas personas. A algunas de ellas tengo la suerte de tratarlas a diario, pero otras eran prácticamente desconocidas para mí, y sin embargo, han tenido la delicadeza de prestarme su tiempo y ayuda para poder realizar este trabajo. A ellas mi agradecimiento

Agradezco a Dios, que me tiene bendecida todos los días. Además de dedicar esta obra a mis padres Myrson y Regina, que siempre fueron muy más que incentivadores, mismo de lejos se hicieran muy presentes, me apoyaran no dejando que yo desistiese. Fueran los verdaderos alicientes de mi trayectoria, nunca ahorrando esfuerzos materiales y espirituales Por el incentivo incondicional, gracias!

Quiero agradecer al Dr. Antoni Font Ribas, catedrático de Derecho de la Universidad de Barcelona y tutor mío en esta tesis, por más una vez tener aceptado ser mi tutor, dándome la oportunidad de dar seguimiento al tema desarrollado en la tesina, aparte de ampliar mi campo de conocimiento en este tema y sin el cual este trabajo jamás hubiera salido.

Seguidamente quisiera agradecer a mi tío Dr. Melo, Director del CETREDE-Fortaleza, a mi amiga Ibiti que me incentivaran y me ayudaran en la obtención de la beca de la CAPES (Brasil).

A mi hermana Gabriela Lima por sus sugerencias, a mis amigos Ulf Kanther y Arturo Rivera tuvieron la enorme gentileza de ayudarme en el formateo de la tesis. A mi amor, Jordi Casino Bueno por todo.

A todos vosotros mis sinceros y humildes agradecimientos.

Entonces Dios dice:
Hagamos el hombre a nuestra imagen,
conforme a nuestra semejanza.
(Génesis, 1:26)

RESUMEN

La tesis pretende demostrar que para la Ciencia Jurídica la imagen de la persona comprende tanto el original como la reproducción y que esa imagen es un todo constituido por materia y forma, que comprende las características físicas, como el cuerpo, la voz, los gestos, los modos y otros aspectos. Se considera el concepto pleno de imagen donde se examinarán varias teorías sobre el derecho a la propia imagen para definirlo como un derecho autónomo y con sus características, analizaremos los elementos: el sujeto de derecho (imagen del nascituro, del menor de edad y de la persona jurídica), el objeto (imagen científica e imagen de las cosas) y el contenido que consiste en el derecho de disponer, límites del uso del derecho a la imagen y su extinción. Y por último, se investigó el tema de la responsabilidad civil-constitucional de Portugal, España y Brasil, en total consonancia con el nuevo centro conformador del ordenamiento jurídico que es el Principio de Dignidad de la persona. Se parte de la premisa donde todo derecho existe y tiene su razón de existir en las personas, motivo por el cual todo ordenamiento jurídico debe buscar fórmulas exegéticas de alcanzar la maximización en la valorización del sujeto con intención de alcanzar la mayor plenitud del ser, alejándose del antiguo paradigma del "tener". En este aspecto es que el derecho a la propia imagen, integra el rol no taxativo de derechos a la personalidad, debe ser un instrumento de valorización del individuo. Bajo esta perspectiva, es que se debe alejar de las teorías que niegan la existencia del propio derecho a la imagen, o aquellas que vinculan a su protección la guardia de otros bienes también jurídicamente protegidos, tales como: la honra, la propiedad, la intimidad, la identidad, el patrimonio moral, el derecho de autor y la libertad, debiéndose abogar a su total autonomía, visto que el bien "imagen" fue elegido y es tratado de forma autónoma por las leyes. Así que, el Estado debe conferir al sujeto de derecho, instrumentos procesales adecuados para evitar lesión al derecho a la propia imagen, a su perpetuación o repetición, alejándose el ilícito.

Palabras clave: derecho; dignidad; persona; personalidad; imagen; autonomía; protección.

RESUME

To believe that the best way to study any subject is to identify its roots, since once the origin is analyzed, if the fundamental idea governing the subject is understood, its contours and requirements, which are more specific, will surely be better assimilated. In the first place, the author started the research by examining the constitutional principles that are the base of the constitutional concept of the rights of the personality and, consequently, the right to own an image. It is also important to draw a line between fundamental rights and the rights of the personality, briefly referring to the evolution of these concepts. Subsequently, the thesis focuses on the rights of the personality, commenting their nature and raising their possible denominations. It also takes into account the reason of the ownership of such rights, the characteristics of that category. Due to practical and theoretical issues, the author references the division of the rights of the personality. However, it is very important to emphasize that this dissertation has the goal of studying and analyzing the right of the own image, under the bias of civil-constitutional law, in total consonance with the new center that forms the legal order which is the Principle of Dignity of the human person. It has also the premise that every right exists and has the reason of existing in every person, which is why every legal system should seek exegetical formulas to maximize the value of the subject with the intention of achieving greater fullness of being, moving away of the old paradigm of “having”. In this respect, the right to a self-image, which integrates the non-exhaustive role of rights to the personality, must be an instrument to value the individual. In this perspective, it is necessary to distance from theories that deny the existence of one’s right to the image or those that link to their protection the guard of other legally protected assets, such as honor, property, privacy, identity, heritage moral, copyright and freedom, and they should advocate their full autonomy, due to the fact that the good “image” was chosen and is treated autonomously by laws. Thus, the State: must confer the subject of law, adequate procedural instruments to avoid injury to the right to the image, its perpetuation and/or repetition, away from the illicit.

Keywords: right; dignity, Human person; personality; image; autonomy; protection.

RESUM

La tesi pretén demostrar que per a la Ciència Jurídica la imatge de la persona comprèn tant l'original com la reproducció i que aquesta imatge ésta tot constituït per matèria i forma, que comprèn les característiques físiques, com el cos, la veu, els gestos, les maneres i altres aspectes. Es considera el concepte ple d'imatge on s'examinaran diverses teories sobre el dret a la pròpia imatge per definir-lo com un dret autònom i amb les seves característiques, analitzarem els elements: el subjecte de dret (imatge del nascituro, del menor d'edat i de la persona jurídica), l'objecte (imatge científica i imatge de les coses) i el contingut que consisteix en el dret de disposar, límits de l'ús del dret a la imatge i la seva extinció. I per últim, es va investigar el tema de la responsabilitat civil-constitucional de Portugal, Espanya i Brasil, en total consonància amb el nou centre conformador de l'ordenament jurídic que és el Principi de Dignitat de la persona. Es parteix de la premissa on tot dret existeix i té la seva raó d'existir en les persones, motiu pel qual tot ordenament jurídic ha de buscar fórmules exegètiques d'aconseguir la maximització en la valorització del subjecte amb intenció d'aconseguir la major plenitud de l'ésser, allunyant-se de l'antic paradigma del "tenir". En aquest aspecte és que el dret a la pròpia imatge, integra el paper no taxatiu de drets a la personalitat, ha de ser un instrument de valorització de l'individu. Sota aquesta perspectiva, és que s'ha de allunyar de les teories que neguen l'existència del propi dret a la imatge, o aquelles que vinculen la seva protecció la guàrdia d'altres béns també jurídicament protegits, com ara: l'honra, la propietat, la intimitat, la identitat, el patrimoni moral, el dret d'autor i la llibertat, havent advocar a la seva total autonomia, vist que el bé "imatge" va ser triat i és tractat de forma autònoma per les lleis. Així que, l'Estat ha conferir al subjecte de dret, instruments processals adequats per evitar lesió al dret a la pròpia imatge, al seu perpetuació o repetició, allunyant-se l'il·lícit.

Paraules clau: dret; dignitat; persona; personalitat; imatge; autonomia; protecció.

ÍNDICE

RESUMEN	6
ABREVIATURAS	12
INTRODUCCIÓN	15
PARTE PRIMERA	
DERECHO A LA IMAGEN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN A LA LUZ DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.	21
CAPÍTULO 1 – LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: DEL PARADIGMA PATRIMONIALISTA A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA.	22
1. Concepto de persona, personalidad y naturaleza humana.	26
1.1. Etimología y evolución terminológica. Concepto de persona.	26
1.2. Trasposición del concepto persona al ámbito jurídico. El derecho de la personalidad en los textos legales.	34
1.3. Características de la personalidad.	37
1.3.1. La capacidad	39
1.3.2. Estado individual, familiar y político.	42
1.3.3. El nombre.	44
1.3.4. El domicilio	45
1.3.5. La fama	46
1.4. Los derechos de la personalidad.	47
1.4.1. Consideraciones sobre los derechos de la personalidad, los derechos humanos y los derechos fundamentales.	51
1.4.2. El derecho de la personalidad; la dignidad de la persona.	56
1.4.3. La eficacia del principio de la dignidad humana en el ámbito del derecho privado.	61
1.5. La naturaleza de los os derechos de la personalidad.	64
1.6. Derechos de la personalidad como derecho subjetivo.	66
1.7. De la noción de los derechos de la personalidad.	70
1.8. La protección de la personalidad..	75
1.8.1. Tesis monista, pluralista y mixta	75
1.9. De la denominación derecho a la personalidad	77
1.10. Derecho de la personalidad relacionados con el derecho a la propia imagen	79
1.11. Conclusión	81

CAPITULO 2 – LA IMAGEN COMO BIEN PARA EL DERECHO.	84
Introducción	86
2.1. El origen y los primeros antecedentes históricos del derecho a la propia imagen.	91
2.2. La imagen.	97
2.2.1. Qué se entiende por imagen ?	99
2.2.2. Imagen-retrato e imagen-atributo.	102
2.3. El concepto de derecho a la propia imagen.	105
2.4. La caracterización del derecho a la imagen.	106
2.5. La protección del derecho a la imagen.	113
2.6. Naturaleza jurídica.	127
2.6.1. Teoría Negativista.	128
2.6.2. Teorías que vinculan la tutela a otro bien jurídico.	130
2.6.2.1. Teorías del derecho a la imagen como derecho al honor.	136
2.6.2.2. El derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad.	148
2.6.2.3. El derecho a la propia imagen y el derecho a la propia identidad.	159
2.7. Teoría de la autonomía del derecho a la imagen	173
2.8. Conclusión	177

PARTE SEGUNDA

HISTORIA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA IMAGEN.	179
Introducción	180
CAPÍTULO 3 – LA PROTECCIÓN JURIDICA DE LA IMAGEN.	184
3.1. Naturaleza jurídica del derecho de la imagen	192
3.1.1. Ámbito de protección del derecho.	189
3.2. Los límites del derecho a la propia imagen	195
3.2.1. La Titularidad del derecho	200
3.2.1.1. Sujetos del derecho a la imagen.	219
3.2.1.2. Imagen de los nasciturus	219
3.2.1.3. La protección muerte causa de la imagen.	221
3.2.1.4. Las personas jurídicas.	229
3.3. Conductas constitutivas de intromisiones Ilegítimas.	239

3.3.1. Causas de justificación ilegítimas de la intromisión.	245
3.3.1.1. El interés histórico, cultural o científico.	245
3.4. Conclusión	247

PARTE TERCERA

RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LA ESFERA PRIVADA: DIMENSIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL	253
Introducción	254
CAPÍTULO 4- EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL ORDENSAMIENTO JURÍDICO PORTUGÉS, ESPAÑOL Y BRASILEÑO	257
4.1. Responsabilidad Civil y el derecho a la imagen	259
4.2. El derecho a la propia imagen en las Constituciones de Portugal, España y Brasil.	268
4.2.1. El concepto constitucional portugués del derecho a la propia imagen.	268
4.3. El derecho a la propia imagen en la Constitución española de 1978.	276
4.3.1. El artículo 18.1 de la Constitución Española: honor, intimidad y propia imagen.	277
4.3.2. El derecho a la propia imagen en el concepto constitucional español.	279
4.4. El derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña.	282
4.4.1. La imagen del inciso X, del artículo 5º de la Constitución Brasileña.	287
4.4.2. La imagen del inciso V, del artículo 5º: el “derecho de respuesta”.	292
4.5. Las legislaciones portuguesa, española y brasileña.	295
4.5.1. La protección civil portuguesa del derecho a la propia imagen.	296
4.5.1.1. El Código Penal portugués.	301
4.5.2. La protección civil española del derecho a la propia imagen.	304
4.5.3. El Código Penal español.	314
4.6. El derecho a la propia imagen y el Código Civil Brasileño de 2002.	316
4.7. Conclusión	318
CONCLUSIONES	321
REFERENCIAS BIBLIOGRAFIA	331

ABREVIATURAS

AcTC	Acórdão do Tribunal Constitucional Português
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI:	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADH	Anario de Derechos Humanos
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AgR	Agravo Regimental (Brasil)
AI	Agravo de Instrumento (Brasil)
Ap	Apartado
Art./arts	Artículo/artículos
AUPPI	Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Intelectual
BO/BOC	Boletín Oficial de las Cortes publicas/Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CE	Constitución Española de 1978
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CLT	Consolidação das Leis de Trabalho (Consolidación de las Leyes Laborales)
CNH	Carteira Nacional de Habilitação (Brasil)
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados (Portugal)
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito (Brasil)
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976
Cit.	Citada
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social (tarjeta laboral de seguridad social)
DL	Decreto-Leí
Dir.	Dirección
Dr.	Doctor
EEUU	Estados Unidos de América

Ed	Edición
FAPE	Federación de Asociaciones de Periodistas de España
FJ	Fundamento Jurídico
HC:	Habeas corpus
INQ	Inquérito (Brasil)
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social
La Ley	Revista jurídica
LECrim	La Ley de Enjuiciamiento Criminal Ley
LOFCS	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOPHIPI	Ley Orgánica 1/1982, de Protección civil al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la propia imagen
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORTAD:	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (derogada)
MS	Mandado de Segurança (Brasil)
MSMC	Medida Cautelar em Mandado de Segurança (Brasil)
Num	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p./pág	página/páginas
Prof	Profesor
RBDP	Revista Brasileira de Direito Público Recurso Extraord Extraordinário (Brasil)
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RICD	Regimento Interno da Câmara dos Deputados
RJ	Resolución de Recurso Jerárquico
RT	Revista dos Tribunais
RTDC	Revista trimestral de Direito Civil
RTC	Resolución del Tribunal Constitucional
SS	Sentencia
Ss/sg	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STF	Supremo Tribunal Federal de Brasil
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

STS(SSTS)	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado da Comunidad Europea
TCU	Tribunal de Contas da União (Brasil
Trad	Traducido
Trib	Tribunal
TS	Tribunal Supremo
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
USP	Universidade de São Paulo

Introducción

En razón de los tiempos mediáticos de la actualidad, se puede afirmar que la sociedad nunca fue tan visual. La vida de una persona es captada por lentes y cámaras en numerosas ocasiones e limitados lugares.

Los niños todavía en el vientre materno son fotografiados y filmados. Algunos en sus primeros instantes de vida se tornan protagonistas de la primera de muchas películas de las que van a participar a lo largo de la vida, como; por ejemplo la película de su nacimiento. Un recién nacido de pocas horas posiblemente será visto y conocido por un inimaginable número de personas, antes mismo que él tenga oportunidad de conocer la propia madre.

Tal cual como el inicio de la vida de los seres humanos, las lentes de las cámaras también pueden captar tanto el momento la muerte como del difunto. Casi diariamente se divulgan imágenes de peleas, robos o accidentes en que el resultado es la muerte de una, varias las personas que figuran en las grabaciones. El desarrollo tecnológico transformó el modo como la sociedad transmite su memoria para las generaciones futuras. Los hechos de los antepasados son conocidos, en gran proporción, por medio de la transmisión oral o escrita, a en la actualidad esa memoria es construida, casi de modo exclusivo, visualmente¹.

Por ser habituales el registro y la utilización de la imagen de la persona, se debe dar la debida atención para la complejidad jurídica de la imagen. La presente investigación tiene como objetivo elucidar el concepto de imagen en el ámbito de la ciencia del derecho. Por lo tanto pretende responder lo qué es la imagen de la persona y en qué consiste su derecho a esa imagen?

Con el objetivo de responder a esta cuestión inicial, se buscó en el primero capítulo definir los conceptos de persona y de naturaleza humana, para distinguir los conceptos de sujeto de derecho, personalidad jurídica y sus características.

Los varios aspectos de los derechos de la personalidad, revelan su importancia para la civilización occidental. Desde los principios del Imperio Romano a los días actuales la noción de persona y sus atributos despiertan estudios y discusiones, que se alían y agrupan sobre una dupla perspectiva, la naturalista y la positivista.

¹ Sobre el tema: DEBRAY, Régis. *Manifestos midiológicos*, Petrópolis: Vozes, 1995.

Así que, la divergencia establecida entre esas dos corrientes doctrinarias, ambas son incompletas en afirmar la existencia de ciertos derechos sin los cuales la personalidad se encuentra irrealizada, algunos llegan a afirmar que sin ella la propia persona no existiría en su plenitud.

Fue en el Cristianismo, que el estudio de los derechos de la personalidad tubo como base la evolución de la persona, al determinar la desacralización de la naturaleza y de la sociedad, pasó a ser sujeto del mundo². La persona dejó de ser una noción de persona-miembro-de-la-sociedad para ser considerada una persona.

Antes del Cristianismo, el valor de la persona era social, o sea, la persona en sí era insignificante, lo que interesaba era la representación de esta persona en la sociedad como su objeto. Pocos individuos por su posición social eran considerados seres singulares, tales como los heroicos griegos, los príncipes romanos, todos dotados de calidades singulares que, para ser diferentes, eran establecidos por la sociedad.³

No obstante, a partir del Cristianismo fue abierto el camino para el reconocimiento de la persona a través de la idea de amor fraterno e igualdad delante de Dios.

A lo largo del tiempo, la necesidad de proteger la persona y de realizar sus potencialidades en el medio social fincó sus pilares tanto en la esfera pública como en la privada. Con todo, la esfera pública tuvo regencia en su desarrollo, y surgirá como defensa esencial del individuo en cara al Estado.

Ya la tutela privada, alcanzó pleno desarrollo, a finales del siglo XIX, cuando se constatará que la protección de carácter público se revelaba insuficiente al resguardo de los atributos personal, delante del desarrollo del conocimiento técnico y científico financiado por el capital privado, que con sus productos potencializaba las posibilidades de amenaza y lesiones a la individualidad física, intelectual, moral y plástica de la persona.

Como fiador de una tutela necesaria, eficaz y efectiva de los derechos de la personalidad, el personalismo tomado en su concepción jusfilosófica, defiende la existencia de un orden jurídico dirigido para los valores y atributos de la persona inserida en el medio social, en el cual crea y realiza sus potencialidades en un estado de permanente auto creación y mutación.

² El desarrollo mayor de este texto, véase en CAMPOS, Diogo Leite. Lições de direito da personalidade. Coímbra: Editora Coímbra, 1995, p. 12.

³ Seguiremos el estudio con el autor CAMPOS, Diogo L., op. cit., p. 12.

Esta dimensión permite encuadrar a la persona como responsable por su destino, por eso debe ser libre para construir su propia historia, amparada por la dignidad humana.⁴ Con todo, la protección de la dignidad del individuo se tornó una necesidad inmediata, las constantes invenciones científicas en vastas áreas del conocimiento generan, cada vez más, amenazas y lesiones a los atributos personalismos del hombre contemporáneo. Delante de esa realidad, los derechos de la personalidad se tornaran en tema de gran importancia, para alcanzar una posición de destaque tanto en las doctrinas como también en las legislaciones.

Después, desarrollaremos el estudio de los derechos de la personalidad, a fin de embazar la inserción del bien jurídico de la imagen de entre estos derechos. Además, también veremos que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos de la persona, incluidos aquí aspectos de orden física, psíquica y moral. Comportan varias especies: derecho a la vida, a la libertad, al nombre, a la honra, a la imagen, a la privacidad, al cuerpo, de entre otros.

Limites estos intrínsecos, cuando demarcados por la propia ley que establece su contenido, además de intrínsecos, cuando son resultantes de la conjugación de otras situaciones protegidas, sin perder de vista que los intereses protegidos por los derechos de la personalidad pueden causar conflictos con otros derechos y poderes protegidos en el orden jurídico. Lo más importante es que, aunque no sean limitados, tales derechos, cuando son ejercitados, deben respetar la dignidad de la persona, principio constitucional de mayor valor de los ordenamientos jurídicos español, portugués y brasileño, base de toda orden principiológica.

En el Brasil la importancia alcanzada por los derechos de la personalidad en las legislaciones puede ser entendida como un reflejo del tratamiento teórico que le es consagrado en la doctrina y también en la Filosofía del Derecho. Se parte entonces de la idea de la persona delante de los derechos de la personalidad, se delimita el tema al estudio de la estructura general de estos derechos, para posteriormente disertar sobre los tipos consagrados del Nuevo Código Civil Brasileño.

En los siglos XIX y XX, muchos filósofos se dedicarán al estudio de la noción de persona y consecuentemente contribuirán en la formación de los derechos de la personalidad.

⁴ Para el jurista MAX Scheler apud Ascensão, José de Oliveira. Teoría geral do direito civil. Coímbra: Editora Coímbra, 1997, v. 1, p. 41, “é a construção da abertura ao mundo por via do espirito”. Así, como en las palabras del Prof. José de Oliveira Ascensão:⁴A ordem social deve servir à realização do homem, e não a inversa. É indispensavel para tal, porque o homem só se realiza em comunicação. Ai reside, portanto, a grande importância dos valores sociais, como complemento da pessoa.

El legislador patrio cede ante las influencias doctrinarias que incluye la tutela positiva y varios de estos derechos, de forma innovadora, la Ley 10.406/02, del Código Civil brasileño, dicha ley confiere tratamiento especial, donde se dedica once artículos, agrupados en uno capítulo, denominado: De los Derechos de Personalidad.

A pesar del extenso tratamiento conferido al tema, once artículos, se debe actuar por la necesidad de emplear una interpretación extensiva y ampliativa en el rol de los derechos de la personalidad consagrados por el Código Civil brasileño, en la medida en que tales derechos tienen como referencia a la propia noción de persona, que por ser rica en su contenido axiológico está en constante mutación, no puede ser tutelada por la simple positivación, pero si a través de una fórmula general y amplia que lleve en cuenta la plenitud de significados encerrados en la noción de persona.

Nuevos derechos relativos a personalidad surgirán y carecerán de una tutela eficaz y efectiva, la noción de persona transborda en significados.⁵

Por lo tanto, el presente estudio se orientó por una metodología de aplicación del derecho sin perder de vista la definición teórico-científica del derecho de la personalidad y la posibilidad efectiva de la aplicación de sus presupuestos en cuestiones jurídicas, de modo para obtener soluciones en los casos prácticos que surgen en la sociedad.

Todavía, se debe enfatizar que aquí el estudio del derecho de la personalidad es delimitado al ámbito civil, lo que determina el encadenamiento de las cuestiones prácticas y las correspondientes respuestas jurídicas normativas, lo que hace de éste trabajo tenga una utilidad en las soluciones de los conflictos de intereses.

De ahí que el estudio de los derechos de la personalidad y de sus repercusiones jurídicas es convertido en soluciones prácticas, acompañadas de una investigación jurisprudencial, todavía poco enriquecida, con referencia de su reciente introducción en el Código Civil brasileño de 2002 (arts. 16 a 19), en la Ley Orgánica 1/1982 y el artículo 18.1 de la Constitución de 1978 y el Código Civil portugués de 1966 (art. 72 a 74 – nome, art. 26.1 CRP).

Por lo tanto, el trabajo versa sobre el estudio del derecho a la propia imagen. La imagen como objeto del derecho estará analizada en el segundo capítulo, para reportar a su

⁵ En referencia a los nuevos derechos relativos a la personalidad; CANÇADO, Antônio Augusto de Melo, Patrícios e Plebeus. Dissertação. Belo Horizonte: Faculdade de Direito, 1946. (Dissertação para concurso da cadeira de Direito Romano).

contextualización histórica y la manera por la cual la legislación portuguesa, española y brasileña tratan el tema. Lo divide en dos partes. En la primera de ellas, de forma sucinta, buscamos situar el derecho a la propia imagen en ámbito al derecho de la personalidad y así demostrar que sus características se distancian en algunos aspectos, de los otros derechos de la personalidad.

En la segunda parte se trabajó exclusivamente del derecho a la propia imagen. Para procurar después de conceptualizarlo, focalizar algunas concepciones teóricas acerca de su fundamento; luego se pasará, entonces al estudio de la modificación de la personalidad que puede ocurrir en función de la alteración material o intelectual de la imagen y, también, en la posibilidad de su utilización en la ideología política. En seguida, se investigó el consentimiento y de la facultad de retratación del consentimiento dado. Después, se pudo demostrar que existen algunas restricciones al derecho a la propia imagen que alcanzan los ciudadanos comunes como las personas notorias.

A partir de ahí expusimos el significado de lo que es imagen, la amplitud de su concepto, como se insiere en el Derecho y en las constituciones portuguesa, española y brasileña y consideraciones sobre la denominación imagen-retrato e imagen-atributo. Para responder, de ese modo, la cuestión inicial propuesta, explicitamos que la imagen es una percepción de un ser u objeto que comprende el original (ejemplar) y su reproducción (reflejo). Denominamos, sólo para elucidación, la primera de imagen original (matriz) y la segunda de imagen decurrente (retrato).

Demostramos, igualmente, que tal percepción no se limita a penas al aspecto físico de la persona, más si al conjunto de elementos que la cargan de dignidad humana.

En el cuarto capítulo, examinamos varias teorías que buscarán explicar el derecho de a la propia imagen en la perspectiva de reflejo de otro bien jurídico, hasta la teoría prevaleciente de la autonomía del derecho a la propia imagen, para presentar las características del derecho a la propia imagen, la protección jurídica de ese derecho y sus elementos.

En cuanto a los elementos, definimos quién es el sujeto del derecho a la imagen, consideramos la imagen del nascituro y de la persona jurídica. En lo que se dice respecto a lo objeto, analizamos varios medios en que la imagen se manifiesta y que repercuten en el derecho, destacamos la reflexión sobre la imagen de las cosas y la científica. Y con respecto del contenido, nos fundamentamos en el art. 20 del Código Civil brasileño de 2002, donde

ponderamos sobre el derecho de disponer de la propia imagen, el límite de ese derecho y a su extinción.

Fue objeto de análisis la conexión existente entre el derecho a la imagen y el derecho de autor. Aceptamos, ante las avanzadas técnicas que posibilitan la grabación del feto dentro del útero, que el nascituro posee derecho a la imagen. Después, abordamos el derecho de la imagen del niño, del adolescente y de los incapacitados. Y para terminar el capítulo dedicamos la tutela jurídica y la extinción del derecho que se da con la muerte de su titular.

Posteriormente, tratamos la responsabilidad civil en el ámbito del derecho a la propia imagen, en referencia a la perspectiva del concepto de imagen propuesto en el trabajo, de imagen original e imagen decurrente, donde analizamos los atentados a la imagen, sus daños y cómo ocurre su reparación.

Anotamos la carencia legislativa de la materia que no se justifica, en los días de hoy, principalmente frente a la avanzada tecnología moderna que facilita la captación de la imagen bien como la posibilidad a su transmisión al mundo en cuestión de segundos, sin que para eso exista un conjunto de normas disciplinarias. En cuanto a la legislación portuguesa, española y brasileña, nos restringimos a citar algunos pocos textos de ley. La última parte del trabajo fue dedicada la jurisprudencia portuguesa, española y brasileña de acuerdo con el tema central que tenga sido objeto del litigio.

El estudio metodológico que se utilizó, todavía, del recurso del derecho comparado, sin perder de vista el avanzado estudio del derecho de la personalidad en las doctrinas Alemana, Portuguesa, Española e Italiana.

PARTE PRIMERA

**DERECHO A LA IMAGEN Y LIBERTAD DE
EXPRESIÓN A LA LUZ DE LOS DERECHOS DE LA
PERSONALIDAD.**

CAPÍTULO 1

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: DEL PARADIGMA PATRIMONIALISTA A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA.

El derecho a la propia imagen, objeto de esta tesis, no se individualiza como tal, hasta épocas recientes, por lo que, para comprender en su totalidad debemos tomar como punto de partida, la evolución histórica, además de una configuración de la teoría, analizando científicamente los derechos de la personalidad, concepto que durante siglos ha englobado las nociones y protecciones que más tarde formaron el derecho sobre la propia imagen.

Los derechos de la personalidad son aquellos que buscan la defensa de los valores innatos en el hombre, reconocidos en su interioridad y en sus proyecciones en la sociedad. Es un campo muy vasto, engloban los derechos físicos, que se refieren a la integridad corporal, como; derechos a la vida, a la integridad física, al cuerpo, a la imagen y a la voz. Para esta investigación hemos tenido en cuenta los derechos psíquicos, entendidos como los componentes interiores y propios de la personalidad, como son; a la libertad, a la intimidad, a la integridad psíquica y al secreto; además de los derechos morales, referentes a los atributos que valoran a la persona en la sociedad, además a la identidad, a la honra, al respeto y a las creaciones intelectuales.

En una primera aproximación al derecho de la personalidad individual se podría afirmar que estamos en presencia de un derecho subjetivo⁶ siempre que existe una disponibilidad de los medios jurídicos que ayudan a la realización de la dignidad de la persona. Esta construcción tiene, entre otras, la ventaja de situar al individuo, como sujeto del derecho y no como su objeto⁷. En efecto, tenemos en un extremo a la persona y en el otro la realización de sus intereses, podemos afirmar que la persona puede ejercer este derecho desde dos perspectivas, en un entorno social (intereses grupales) tanto como individuales (intereses personales). Como respuesta de estos dos intereses se debe responder al derecho de la

⁶ Véase, entre otros, el concepto de derecho subjetivo en el ordenamiento jurídico portugués en VASCONCELOS, Pedro País de. Teoría Geral do Direito Civil, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, pgs. 669 y ss. y MENEZES CORDEIRO, Antonio. Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo I, Introdução Doutrina Geral Negócio Jurídico, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, pgs. 311 y ss.

⁷ Veamos en la obra del jurista Capelo, la propia personalidad humana en cuanto bien jurídico tutelado del derecho de personalidad. Así, tendríamos la persona como titular de derechos en que ella sería el objeto de estos derechos. Véase en CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. Aleixo. O Direito Geral de Personalidade, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pgs. 106 y ss.

personalidad como el derecho natural. Para la defensa de ambos se sirve de los medios jurídicos.

La disponibilidad de medios jurídicos se encuentra el problema de la tutela de los derechos de la personalidad, cuya importancia no debe minimizarse. El reconocimiento de un derecho sin una protección y tutela asociados no es efectivo debido a su infracción o tendría consecuencias. En verdad, el reconocimiento por si mismo de los derechos de personalidad de poco vale, se el derecho no muñir a las personas de instrumentos que les permitan asegurar la dignidad a que tiene derecho.

Ahora, uno de esos instrumentos es, precisamente, la tutela judicial y, dentro de ésta, encontramos el mecanismo del derecho civil, derivado de su inclusión en el derecho constitucional siempre que estuviera ante los derechos de la personalidad⁸ fundamentales⁹, del derecho penal¹⁰, procesal¹¹, administrativo¹² o mismo al nivel de la formación y ejecución¹³ de los contratos. En un ámbito transitorio, la tutela de los derechos de la personalidad esta incluida el derecho internacional, más precisamente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre¹⁴. Podrían hacerse otras referencias además de estas, no es el objetivo de este trabajo.

De este modo sólo lo abordaremos, desde una perspectiva eminentemente práctica.

⁸ Respecto a esta cuestión, discutiremos las dos clases de juristas que defienden diferentes teorías. De un lado están aquellos que creen que el derecho de la propia imagen reconocido en el art. 7.6 de la Ley Orgánica Española, también considerado como un derecho de la personalidad, tienen las mismas garantías constitucionales que los demás derechos fundamentales. Por otro lado, el derecho previsto en el art. 7.6, como un derecho meramente patrimonial, no debería ser protegido por la Ley Orgánica, pero sí por las propias leyes patrimoniales.

⁹ El desarrollo mayor de este texto, véase en: OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil – Teoria Geral*, I, Introdução, As Pessoas, Os Bens, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pgs. 92 y ss.

¹⁰ Hablamos de la tipificación como los crímenes sobre las ofensas más graves a la personalidad, en particular, los crímenes contra las personas, que incluyen los crímenes contra la vida, la vida intrauterina, la integridad física, la libertad, la honra y la reserva de la vida privada.

¹¹ En particular, sobre las pruebas obtenidas mediante la ofensa de la integridad física o moral, ante la intromisión en la vida privada, domicilio, correo o telecomunicación y todavía sobre las pruebas ilícitas en sí mismas, también en referencia a las grabaciones, periódicos y escritos de contenido íntimo, películas y fotografías) véase, con mayor desarrollo, ALEXANDRE, Isabel María. *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 1998, pgs. 106-117 y 243 y ss.

¹² En referencia al derecho de respuesta y rectificación, efectivo a través del recurso para la Entidad Reguladora de la Comunicación Social (ERCS). Con mayor desarrollo, en el régimen anterior, véase VITAL MOREIRA. *O Direito de Resposta na Comunicação Social*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pgs. 145 y ss.

¹³ Sobre esta cuestión, de acuerdo con mayor desarrollo GUERRA, Amadeu. *A Privacidade no local de trabalho, As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de Sistemas automatizados uma abordagem ao Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2004.

¹⁴ En este mismo sentido son las anotaciones de Hugo Mazzilli y Wander Garcia: "Na história geral, o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, valendo citar, dentre outros, estes antecedentes: Carta Magna (séc. XIII), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração dos Direitos Humanos (1948)". MAZZILLI, Hugo Nigro; GARCIA, Wander. *Anotações ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8.

La tutela judicial civil, su funcionamiento y articulación en los derechos de los países de Portugal, España y Brasil en los casos de ofensa o eminencia de ofensa de los derechos de la personalidad. Para ello, y aunque en la actualidad no aplique la regla de la procedencia, será imprescindible el análisis de algunas decisiones judiciales sobre esta materia para conocer la posición de la jurisprudencia.

El presente estudio tratará algunas de las condiciones de los derechos de la personalidad: derecho a la imagen, derecho a la privacidad y derecho al propio cuerpo, acercando a la realidad la margen de libertad del particular en la realización de negocios jurídicos que tengan por objeto tales derechos, o sea, hasta donde el ser humano puede disponer de los derechos de personalidad y en qué circunstancias o, al contrario, hasta donde tales derechos son inasequibles.

Por tanto, será inaugurado con breves consideraciones generales acerca de los derechos de la personalidad, abarcando su concepto y características. En la secuencia, será dado con un enfoque basada en especies de los derechos de la personalidad, ya antes refrendadas, bien como demostrar hasta donde tales derechos son disponibles por el hombre, o sea, la autonomía jurídica individual de esos derechos (imagen, personalidad y derecho al propio cuerpo).

El derecho a la propia imagen alcanzó posición relevante en el ámbito de los derechos de la personalidad, gracias al progreso de las comunicaciones y a la importancia que la imagen adquirido en el contexto publicitario. La captación y la difusión de la imagen en la sociedad contemporánea, teniendo presente el desarrollo tecnológico, que causó una gran exposición de la imagen, principalmente en personas que obtuvieron relevancia en sus actividades, y consecuentemente, a la imagen fue agregado un valor económico expresivo.

Por ello, en este capítulo nos dedicaremos a las jurisprudencias que conforman el concepto constitucional de los derechos de la personalidad y, por consiguiente, del derecho a la propia imagen. Además consideramos relevante trazar una línea confluyente que existe entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad, para hacer una breve referencia a la evolución de estos conceptos en los derechos portugueses, españoles y brasileños.

Posteriormente, nos enfocaremos en los derechos de la personalidad, su naturaleza y planteando sus posibles denominaciones. También se tendrá en cuenta los razonamientos

sobre los titulares de tales derechos, las características de tal categoría, y, por último, las cuestiones prácticas y teóricas, haremos una referencia a la división de los derechos de la personalidad.

Analizaremos así en este capítulo la evolución del derecho de la personalidad, y por consiguiente el de la propia imagen, su naturaleza, sus denominaciones y la terminología que utiliza.

1. Concepto de persona, personalidad y naturaleza humana.

Para la elaboración de este trabajo el punto de partida es la determinación del concepto de persona, pues es noción fundamental para la teoría general del derecho privado, debido a que es valor-fuente¹⁵ de todo el Derecho. De ese modo, se todo el sistema jurídico esta centrado en la persona.

1.1. Etimología y evolución terminológica. Concepto de persona.

El concepto de persona es relevante para la filosofía, la ética, la dramaturgia, la psicología y especialmente para el Derecho. En cada una de estas áreas del pensamiento humano, el concepto posee una acepción propia. En el sentido común del término, persona se refiere al “hombre en sus relaciones con el mundo y consigo mismo” y en un sentido específico a “un sujeto de relaciones”¹⁶.

El jurista Antonio Houaiss cita en relación a la origen etimológica de “pessoa” la palabra latina persona, en el sentido de “máscara de teatro”, de “papel atribuido a esa máscara, carácter, personaje”¹⁷. También el jurista De Plácido e Silva al explicar la palabra “persona” afirma: “Persona, de per (por, a través) y sona (son), exprime, primitivamente, la máscara usada por los actores en las representaciones teatrales¹⁸” (y también Santo Tomás de Aquino hace referencia al término¹⁹).

De la etimología de la palabra se deduce que persona es aquel que representa un papel. La máscara escénica de los griegos (persona) indica los papeles representados por el hombre en el curso de la vida. Persona, por lo tanto, delimita una individualidad y expresa la

¹⁵ Defiende REALE, Miguel. Teoría tridimensional do Direito, p. 95.

¹⁶ Según el autor podemos estudiar la noción de persona en: ABBAGNANO, Nicola. Verbete Pessoa, in Dicionário de filosofia, p. 888.

¹⁷ En este sentido resulta se ilustra lo afirmado por HOUAISS. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 220.

¹⁸ Con mayores detalles define el autor DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário jurídico, p. 1039.

¹⁹ La referencia es de origen griego de la palabra que se encuentra en la Suma teológica de São Tomás de Aquino en la cuestión 29, artículo 3, objeción 2, p. 528: “Además, Boécio dice: ‘El termino persona parece derivar de las máscaras que representaban personajes humanos en las comedias o tragedias: persona, con efecto, viene de per-sonare resoar, porque se necesitaba una concavidad para que el sonido se tornase más fuerte. Los griegos llaman a estas máscaras prósopa, porque se colocan sobre la cara y delante de los ojos para esconder el cara’. (...)”. Boécio vivió entre los años de 480 a 524.

relación de esa individualidad con el medio y con los demás.

Para seguir con el contexto histórico, en la Edad Media, la sociedad, independiente de su *status* social y político, participaba de un orden ético-natural cuyos principios primarios y naturales del estoicismo antiguo y del cristianismo, son la unidad del género humano y las personas son derivadas de la “imagen y semejanza de Dios”. Debido a esos cambios, Santo Tomás de Aquino y su escuela Escolástica concedían a los infieles un derecho natural de dominio privado y público, que les ponía teóricamente a salvo de un supuesto derecho de conquista por parte de los cristianos²⁰.

Sostiene el autor De Castro que aparte de este marco, surgen los primeros indicios de los derechos de la personalidad²¹, con el intuitivo de fundamentar la existencia de determinados bienes que se encuentran en el propio individuo (*in bonis corporis*) y que parece recogerse en la *Summa Theologica* de Santo Tomás²².

Sobre la importancia del pensamiento cristiano en el estudio sobre la idea de persona explica Edvino A. Rabuske: “Para el desarrollo del concepto de persona contribuyó decisivamente la Teología Cristiana. (...) la relación única de Jesús Cristo con Dios, de un lado, se pudiese hablar de una divinidad real de Cristo, sin poner en peligro la unidad de Dios y, de otro lado, se pudiese aceptar una humanidad en Cristo, sin el separarse de Dios e introducir en él una separación interna. (...)”²³”. Entre los filósofos cristianos que estudiaron el tema del concepto de persona explican los misterios de la fe católica que fundamenta Tomás de Aquino (1225 a 1274).

Por consiguiente Tomás de Aquino encuentra el rescate del pensamiento de Aristóteles (al cual llamaba de “el Filósofo”), juntamente con las reflexiones y las ensañanzas de la fe cristiana. En la historia de la filosofía, los estudios tomistas pertenecen a la llamada

²⁰ La escuela Escolástica, de Santo Tomás de Aquino permite a los infieles un derecho natural, en contrapartida a la teoría del cristianismo: CASTÁN TOBEÑAS, José. *Los derechos del hombre...cit.*, p. 42.

²¹ Estudia el autor, los bienes la integridad corporal, la tranquilidad, la libertad, el honor y la fama, admite que son primordiales para complementar las ideas de las lecciones de Vitoria; la obra de Soto, la cual defiende que el ser humano tiene tres géneros de bienes: la vida, el honor, la fama, además de los bienes temporales; las aportaciones del teólogo-jurista padre Molina, las aceptaciones de tales ideas por Grócio, que las divulgó en territorio germánico y la sistematización del Derecho Civil por DONNELO DE CASTRO, Federico. “Los llamados derechos de la personalidad” en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, vol. II, Madrid, 1997, pgs. 873 - 906 (876 y 877).

²² Recogido en la teoría de Boecio, en la Edad Media, San Tomás de Aquino toma la palabra del autor al conceptuar la persona como substancia individual de naturaleza racional (*naturae rationalis individua substantia*), admite a la persona como individuo, substancia, existente en sí misma.

²³ Seguimos con él o autor: “En otros términos: Dios tiene una naturaleza en tres personas, que en Cristo hay dos naturalezas en una sola persona”. RABUSKE, Edvino A. *Antropología Filosófica: um estudo sistemático*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 207.

filosofía Escolástica, desarrollada desde siglo XI al siglo XV en Europa por medio de un trabajo colectivo en que colaboraron diversos pensadores. A su inspiración inicial es platónico-agostiniana, más en la medida que la obra de Aristóteles es traducida al latín, para los nuevos horizontes del pensamiento medieval se avistaron, entre aquellos que estudiaron como son Alberto Magno y su discípulo Tomás de Aquino²⁴.

En la construcción de su pensamiento²⁵, Tomás de Aquino, estudioso y hombre de su tiempo, ejerció su oficio (profesor y teólogo) recurrió las Escrituras bíblicas y a los filósofos que le precedieron, a ejemplo de Platón, Aristóteles y San Agustín. Y, aunque no tuviese la pretensión de ser original, Tomás de Aquino innovó en las tesis que defendió.

Entre las tesis de origen tomista se destaca el estudio sobre el término de persona. Aunque el objetivo del pensamiento tomista fue explicar el dogma del misterio de la Santísima Trinidad, según el cual la esencia divina existe en tres personas con coherencia racional. El esfuerzo filosófico de Tomás de Aquino y de la escuela Escolástica produjo una reflexión original sobre la persona y su naturaleza²⁶. En la Suma Teológica del Artículo 1, de la Cuestión 29, define persona como “la substancia individual de naturaleza racional²⁷”.

Por consecuencia, debe entenderse el ente en cuanto sujeto apto a existir por sí mismo. El término existir por sí significa ser el propio sujeto del acto indivisible, y por mismo ser constituido en uno “ser en sí”. Por lo tanto, substancia es aquello que es en sí, que no necesita de otro para existir, que es esencialmente independiente.

El término substancia fue tomado de Aristóteles, que adquirió nuevos contornos en los estudios tomistas; en su definición es relativa a la esencia, no en el sentido de la población, de substancia de la cosa, presente en Aristóteles, mas si en el sentido del acto de ser. En este sentido, persona es la substancia cuya esencia (ser) es de naturaleza racional²⁸.

Esa substancia es individual porque, como argumenta Tomás de Aquino, las substancias racionales tiene el dominio de sus actos, con todo el acto sólo puede ser realizado por el individuo. La noción de individuo para definir el concepto de persona es empleado para

²⁴Veamos: NICOLAS, Marie-Joseph. Introdução à Suma Teológica, in Suma teológica: teologia, Deus, Trindade. V. 1. Parte I –Questões 1- 43, p. 24. HORN, Nobert. Introdução à ciência do Direito e à filosofia jurídica, p. 257 y ss.

²⁵Seguimos con la autora NICOLAS, Marie-Joseph, op. cit., p. 32.

²⁶Con mayores detalles define el autor MORAES, Walter. Conceção Tomista de Pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, in Doutrinas essenciais: Responsabilidade Civil, v. 1. Teoria Geral, p. 823.

²⁷Esa definición de persona es de Boécio y está presente en el libro Sobre las dos naturalezas, conforme esclarece el propio Santo Tomás (Suma teológica: Parte I, q. 29, artículo 1, p. 522).

²⁸NICOLAS, Marie-Joseph. Vocabulário de la Suma Teológica, in Suma teológica: teología, Deus, Trindade. V. 1. Parte I –Questões 1- 43, p. 99.

designar el modo en que esa substancia subsiste. En otras palabras, es individualmente que la substancia ejerza el acto de existir por sí misma.

También Tomás de Aquino define persona como ser de naturaleza racional, y no de esencia racional, porque es esa naturaleza es capaz de ser racional, de distinguir y, así, tornar la substancia singular, individualizando-a²⁹. En palabras textuales del autor: “Ora, el individuo es el que es indiviso en sí y distinto de los otros. Por tanto la persona, en cualquier naturaleza, significa el que es distinto en esa naturaleza”³⁰.

Esa visión metafísica de los estudios tomistas al respecto del concepto de persona es analizada por el jurista Walter Moraes³¹, que enseña que aquello que es en sí, que no necesita de otro para existir, que es esencialmente independiente, se denomina Substancia; esta independencia esta contenida en la Substancia lo que significa la aptitud para ser sin dependencia; a Substancia perfectamente subsistente se denomina Supuesto. Así, se considera que la existencia de un individuo es independiente, libre de cualquier otro, su existencia inicia y acaba en el mismo. En la terminología presentada, el individuo es un Supuesto, por ser una substancia singular perfectamente subsistente e incommunicable. El Supuesto de individuo se llama persona.

El concepto de persona es, por tanto, aquello que existe por sí solo. Es el ser con fines propios, o todavía, es el ente que tiene la posibilidad de desenrollar y realizar por medio de su libertad y voluntad sus fines propios.

El jurista Jean-Hervé Nicolas explica la opción tomista para definir el término de persona con base en el entendimiento de substancia: si la persona no fuera una substancia, y una substancia individualizada, no sería real, pues lo que lo singulariza es que la naturaleza que en ella se realiza es una naturaleza racional, conferiedole una superioridad de grado y de orden en relación a todos los otros entes. Esa superioridad que deriva de la racionalidad se manifiesta por la prerrogativa de la libertad, presentada como el poder de dirigirse a sí mismo, de conducirse, en vez de pasivamente estar sometido a las fuerza exteriores que, todavía, actúan también sobre ella, mas no sin que pueda actuar para disminuir o impedir sus efectos. Conocimiento y libertad, es el que caracteriza la persona³².

²⁹ Con mayores detalles define el autor AQUINO, Tomás de. Suma teológica: Parte I, q. 29, artigo 1, r. 4, p. 524.

³⁰ Como hemos puesto de relieve AQUINO, Tomás de. Suma teológica: Parte I, q. 29, artigo 4, p. 532.

³¹ En ese sentido, ver: MORAES, Walter. Concepção Tomista de Pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, in Doutrinas essenciais: Responsabilidade Civil, v. 1. Teoria Geral, p. 824.

³² Notas de pié de pagina de NICOLAS, Jean-Hervé. la cuestión 29, articulo 1º de la Suma teológica: teologia, Deus, Trindade. V. 1. Parte I –Questões 1- 43, p. 523

Por ello, continua el jurista Nicolas, todas las riquezas que evocan las palabras consciencia y libertad serian irreales, sólo es una idea abstracta, no pertenece de hecho a un ente si Tomás de Aquino no hubiese iniciado el concepto de substancia como definición de persona. Y concluye: “(...) para ser realmente un centro de consciencia y una fuente de libertad, es le preciso primeramente ser”³³.

En la concepción tomista, persona es el que además de ser perfecta, y la perfección se da por el nombre de Dios, por tanto es correcto decir que Dios es persona³⁴ (el que justifica el pensamiento teológico). Más no sólo él, también el hombre es persona, con el atributo de ser imperfecto, pues es “substancia individual de naturaleza racional”.

Por tanto, imperiosa es la memoria de los conceptos de la personalidad, a fin de comprenderse cuales son los derechos a ella atinentes: la personalidad deriva del latín; *personalitas*, tiene su origen en la palabra persona, y significa el conjunto de elementos inherentes al ser humano. Neologismo originado del término persona, creado a finales del siglo XVIII, que significa el conjunto de elementos inherentes al ser humano³⁵, así como también, es un título honorífico concedido a los partidarios de la filosofía ilustrada que se distinguían en su época por sus ideas y sus hechos ejemplares³⁶.

Etimológicamente, *personalitas* tiene su origen en la palabra persona que proviene de *per* (por, a través) y *sono* (sonido), y expresa, en sus inicios, la máscara que se ponían los actores en las representaciones teatrales en la Antigua Grecia y más tarde en Roma³⁷, las utilizaban para hacer sonar mas fuerte sus voces cuando representaban personajes humanos, y, en ese sentido, el termino no parece ser apropiado para designar a Dios, mas bien, para designar al propio individuo. *Prosopón* en griego y *personare* o *resonare* en latín, eran los términos utilizados para la máscara, con gestos de la boca abierta, provista de láminas metálicas que hacían resonar las voces en las representaciones teatrales (resonador o lengüeta metálica) y permitían representar un papel personificado (de la que también se deriva el concepto de personaje, que curiosamente todavía sobrevive en el mundo del espectáculo

³³ Ídem, *Ibíd.*

³⁴ Merecen especial atención los comentarios de AQUINO, Tomás de. *Suma teológica: Parte I*, q. 29, artículo 3, p. 529.

³⁵ De la lengua etrusca (*pershu*), según CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 140.

³⁶ Podemos analizar mejor la filosofía ilustrada por este texto en: SZANIAWKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

³⁷ Argumenta el escritor Cordeiro que la persona habría sido introducida en Roma, que proviene de Grecia, por el actor ROSCIUS, 100 a.C. CORDEIRO MENEZES, A., *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral*, Tomo III, Pessoas. Almedina: Coimbra, 2004, p. 15.

actual con sus “personalidades” y “celebridades”³⁸) y se aportaron de la idea de “personaje”³⁹

Así, se empezó a llamar “persona” al personaje de esa figura diferenciada por la máscara, y a los actores *dramatis personae*. De hecho podemos rastrear esta evolución en la obra de Antonio Chaves⁴⁰, quien en su “Tratado de derecho civil”, caracterizaba la persona como un personaje, para asimilar la sociedad política a un drama en el que cada hombre tiene su representación, en el escenario jurídico⁴¹.

Fuera del teatro, se generalizó el uso de “persona”⁴², para referirse a la función o cualidad que cada individuo representa en el mundo, para posteriormente cambiar su sentido, para pasar a equivalentes al propio ser humano⁴³. Así “persona” se confundía con el papel social desempeñado “representado”; con la posición social y procesal configurado por la orden establecida.

Con todo, Tomás de Aquino responde a esa cuestión alejándose del significado de la palabra `persona en el sentido de máscara, dando a ella un nuevo sentido, ya presente en su tiempo, el de “aquel que es constituido por la dignidad”. Es decir, subsistir en una naturaleza racional con dignidad, por eso se da el nombre de persona a todo individuo de naturaleza racional, y como la dignidad de la naturaleza divina sobrepasa toda dignidad, el nombre de la persona conviene también a Dios⁴⁴.

El estudio tomista explica el significado filosófico de la palabra persona (la substancia individual que subsiste en una naturaleza racional) y esta palabra sirve para

³⁸ Los actores adaptaban el rostro a la máscara, provehida de disposición especial, para dar eco a sus palabras. Personare significaba el eco, hacer resonar. Por medio de la máscara el sonido se propagaba mejor. DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo Código Civil, pgs. 54-55; CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos, p. 140.

³⁹ Según el autor la idea del que representa ser un personaje para el derecho CHAVES, Antonio. Tratado de direito civil: parte geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, tomo I, p. 305.

⁴⁰ En la misma línea, Ídem.

⁴¹ El concepto de persona en el escenario jurídico, veremos en: DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz, op. cit., p. 55.

⁴² La persona pasó a significar el papel que cada actor representaba y, más tarde, a expresar la propia persona, como representante de papeles en el escenario jurídico “Persona” se confundía con el papel social desempeñado “representado”; con la posición social y procesal configurada por el orden establecido. No designaba “ser humano”. DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz, op. cit., p. 55

⁴³ Asegura Cifuentes que la persona es, al mismo tiempo, acto y potencia, una vez que comprende la idea de sujeto y de aptitud para serlo. Así como también, toda persona natural o ideal tiene la posibilidad de ser sujeto, este último vocablo jurídico se utiliza con un significado especial en el derecho; es la persona que, por formar parte de una relación jurídica, goza de un determinado derecho o tiene que cumplir alguna obligación. Sujeto representa el acto, y persona puede ser sólo la posibilidad de formar parte de un acto. La persona es, en este sentido, el género y el sujeto, la especie. Por esto la clásica división de los elementos generales de los negocios jurídicos: sujeto, objeto, forma y causa. CIFUENTES, Santos, op. cit., pgs. 141 y ss.

⁴⁴ Seguimos la misma línea con el mismo autor AQUINO, Tomás de. Suma teológica: Parte I, q. 29, artigo 3, r. 2, p. 530.

designar a Dios, que es perfecto sobre toda naturaleza, por que se da al hombre el nombre de persona?

Al analizar el tema dentro de la perspectiva tomista, el hombre es persona porque es hecho a la imagen de Dios. La preposición “a” indica que existe una aproximación, no una igualdad, lo que significa que hay algo divino en la naturaleza humana, y ese algo es el de tener el individuo una naturaleza racional. Es en razón de esa naturaleza racional que puede dar al hombre el nombre de persona⁴⁵.

El jurista Jean-Hervé Nicolas al comentar el artículo 3 de la cuestión 29 de la Suma explica: “sólo se puede hacer esa transposición, es evidente, representando las leyes de la analogía: la condición de persona en Dios sólo puede ser alcanzada por nuestro conocimiento como fuente de todo lo que dice respecto a la condición de persona, por negación de todas las formas imperfectas en las cuales se realiza en el hombre la condición de persona, por exaltación al infinito de todo lo que existe de positivo en esas realizaciones, y que hace la dignidad singular de la persona entre todos los entes, a pesar de esas imperfecciones”. Por medio de ello, Santo Tomás refuta de antemano a los filósofos modernos que recusan a Dios a la condición de persona, en virtud de los límites que esta presenta en el hombre, no es la condición de persona como tal que es imperfecta, es el hombre que es imperfectamente persona”⁴⁶.

La filosofía tomista ha contribuido con la ciencia jurídica al concluir que el que hace que un hombre (ser humano) sea persona es su naturaleza, en cualquier tiempo o lugar, lo que implica decir que cada ser humano es distinto de cualquier otro, mas todos tienen en común el hecho de ser seres humanos.

En las palabras de Maire-Joseph Nicolas: “Siempre se reconocerá en el hombre, cualesquiera que sea a raza, el tiempo y el medio, el que es propiamente humano: un pensamiento, una razón, que sólo actúa a través de los sentidos, a través de un enraizamiento biológico: el espíritu encarnado. A partir de ahí cuanta la diversidad en su manera de ser y de estar en el mundo, de acuerdo con el que conoce, con su manera de conocerlo y, consecuentemente, según la manera de ser y de regir!”⁴⁷.

⁴⁵ Ídem, *Ibíd.*

⁴⁶ Nota de pie de página “i”, referente a la cuestión 29, artículo 3, in AQUINO, Tomás de. *Suma teológica: Parte I – Questões 1 a 43*, p. 529.

⁴⁷ Introducción a la Suma Teológica, In AQUINO, Tomás de. *Suma teológica: teología, Deus, Trinidad. V. 1. Parte I - Questões 1 a 43*, p. 48.

El jurista Michel Villey entiende que reposan también en el pensamiento tomista los orígenes de las libertades individuáis del derecho moderno, como la libertad de conciencia y de opinión, pues al demostrar que el ser humano es genero de una misma naturaleza, da a cada individuo una dignidad propia, de modo que él no hace parte sólo de un colectivo, de la polis, como decían los griegos, mas responde también a su propia existencia⁴⁸.

Por otro lado, asegura Campos que la raíz de los derechos de la persona (privados y públicos) está asociada al cristianismo⁴⁹. Explica el autor que la doctrina cristiana, establece la “desacralización” de la naturaleza y de la sociedad, salva el ser humano de ser objeto de derechos y, sin embargo, lo cristianiza en sujeto de derechos⁵⁰.

La influencia cristiana retira el hombre de la condición de objeto, colocándolo en la calidad de sujeto dotado de valores intrínsecos a su propia humanidad, simplemente por ser imagen y semejanza de Dios. La mudanza de pensamientos filosóficos, ocurrida en la Edad Media, representa los primeros pasos para la construcción de la base sólida para el desarrollo de la noción de persona y de los derechos de la personalidad, que se consolidan con el advenimiento de la modernidad.

Entretanto, el camino abierto por Descartes fue decisivo para el surgimiento de una nueva Ciencia y Filosofía que utiliza métodos de conocimiento en la observación de los objetos que el espíritu humano parece ser capaz de conocer. Tal concepción aliada a un fuerte pensamiento crítico posibilitó la edificación de un nuevo tipo de saber que se desvincula de Dios y se centra en el hombre, en su racionalidad.

Esa nueva forma de pensar, dió origen al racionalismo que concibe la persona en un ser intelectual capaz de dudar y de elaborar ideas claras y distintas, en fin, de conocer. La persona pasa a ser el centro de todo el saber y también a su fuente.

Posteriormente, la libertad personal aparece como objeto de estudio de Grozius, en cuanto que la expresión “derecho de la personalidad” se puede atribuir a Gierke, el cual, a

⁴⁸ Vid. en mismo sentido VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno, p. 51.

⁴⁹ El autor del significado del *iura in se ipsum*, Gómez de Amescua afirma que el derecho romano asigna a la persona una ilimitada potestad *in se ipsum* y que fue la causa principal de la divulgación de las ideas del cristianismo lo que originó un freno, al poner límites a la libre disponibilidad del propio cuerpo. Constatamos en: CIFUENTES, op. cit, p. 7.

⁵⁰ Con todo, surgen los derechos de exclusión que juzgaban la protección de la persona, como ser no social. Luego se promulgarán los derechos de la personalidad en sentido lato, que incluyen la actividad de interrelación de la persona, su dimensión social, atribuyéndole derechos públicos (derecho de auto-gobierno, derecho al voto para la elección de cargos públicos, derecho de ser electa, entre otros). Y por fin, queda la evidencia, la diferencia entre el derecho civil (de exclusión) y el derecho público general (res pública). De acuerdo; CAMPOS, Nós...cit., pgs. 15-16.

finales del siglo XIX, individualizaba los aspectos pertinentes a los individuos, como la vida, la honra, la libertad física y el nombre.⁵¹

Para la escritora Judith Martins-Costa⁵², es anacronismo considerar esos derechos como de la personalidad, aunque reconozca que fuera “derechos de las personas”, en la concepción de persona como representación. Se afirma, todavía, que la importancia de los derechos de la personalidad comienzan a ser reconocidos sólo al final del siglo XIX.

1.2. Trasposición del concepto persona al ámbito jurídico. El derecho de la personalidad en los textos legales.

La transposición histórica del valor real de la persona natural a su valor jurídico pasó por un camino complejo y largo que se puede reconstruir sintéticamente vinculándola a los procesos históricos que la originaron. Conociendo, brevemente, el contexto en el que aparece y evoluciona cada concepto nos permitirá comprender su evolución, jurisprudencia y concepción actual. El término persona fue utilizado por la primera vez en su sentido técnico por los juristas del siglo XVI, unido siempre al concepto de capacidad jurídica.⁵³

En la contradicción de una sociedad que luchaba contra el privilegio de clase y que, todavía, teorizaba el privilegio del rey, no se visualizaba espacio para colocar la tutela de la personalidad en términos complejos, como valor absoluto. Solamente, mas tarde empieza a prosperar la posibilidad de estructurar la sociedad sobre la base de la reciprocidad entre individuo y soberano (con obligación y derechos recíprocos), la cual es concebida con la teorización de la división de los poderes.⁵⁴

Resaltemos que esa concepción de persona existente en el pensamiento primitivo. El individuo, en cuanto tal, no era significativo. Afirma el escritor Diogo Leite de Campos⁵⁵ que:

⁵¹ Todavía en el mismo sentido, Ídem.

⁵² Veremos que la importancia de los derechos de la personalidad comienza a ser reconocida sólo al final del siglo XIX, por: MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, Personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação), p. 163. “Anacronismo” no se ha de mencionar en derechos de la personalidad cuando el status de “pessoa” es reconocido para apenas algunos seres humanos, que dependen de la posición social que ocupan.

⁵³ Fueron los juristas del siglo XVI los primeros en utilizar el término persona, inseridos en el contexto de capacidad jurídica, constataremos esta afirmación en CENDON, op. cit., p. 6.

⁵⁴ Veremos la teorización de división de poderes en PERLINGIERI apud CENDON, ibídem, p. 6.

⁵⁵ Las palabras de Diogo veremos en: CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade, pgs. 129 - 130.

“o ser exprime-se (é) através de papéis funcionais em situações determinadas, ou por um lugar social que lhe é atribuído por nascimento ou pelo funcionamento da sociedade”.

Solamente a través del humanismo cristiano⁵⁶, el hombre puede ser transformado en persona. Se vislumbra, en los seres humanos, hecho a la imagen y semejanza de Dios, un valor infinito. Cualquier hombre pasó a ser persona, es decir: hombres, mujeres niños, esclavos, extranjeros, enemigos, etc., sobre la óptica cristiana, por medio de las ideas del amor fraterno y de la igualdad ante Dios⁵⁷.

Al inicio del siglo XVII, aduce el estudioso Johannes Althusius, que la persona es el hombre como copartípe del Derecho (*persona est homoiuris communionem habens*). De esa idea central, que quedó congelada por mucho tiempo, desde la Declaración de 1789, se visualiza la identidad entre persona e individuo, confiriendo, a esa entidad, el atributo de ser sujeto de derecho. Los seres humanos son todos iguales, no mas se reconoce por estamentos, corporaciones profesionales o familiares, al menos en la Europa Occidental. Se perdió, como consecuencia, la noción de comunidad por el predominio absoluto del individuo, que culmina en el individualismo.

La persona, identificada en el individuo, era dotada de derechos absolutos. Individuo que, entretanto, era tenido como una abstracción social; “individuo siempre igual”, resultante del principio de la igualdad y (formal), al cual correspondía, en términos hermenéuticos, el método de subsunción lógico-sistemática”⁵⁸

La persona natural, en su realidad y experiencia, representa un valor a tutelar en sus ennumerables formas de expresión, en su interés moral y material y en el desarrollo de su personalidad. Representa, de acuerdo con un reconocimiento unánime, el fin último de la norma jurídica.⁵⁹

Desde el punto de vista del derecho positivo, la individualización del fundamento real del concepto jurídico de persona natural, se reporta a las experiencias de la vida que constituye la base de cualquier valor de la realidad humana; con todo, se puede abordar el problema de la identificación de la norma o del principio normativo, en el cual actúa la

⁵⁶ En cuanto la teoría del humanismo cristiano constatamos en CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade, p. 130.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 134.

⁵⁸ En referencia a la concepción de la persona identificada en el individuo, tenemos MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação), p. 231.

⁵⁹ En cuanto a las normas jurídicas de la persona natural, vid. CENDON, Paolo. Le persone: diritti della personalità, Torino: Utet, 2000, p. 5.

formalización del valor de la persona, o sea, la transformación del concepto del valor de la persona natural en la realidad de la vida para un valor jurídico.⁶⁰

El reconocimiento de la existencia de un derecho natural del hombre se une a la Declaración con la cual se proclamaban en la Francia revolucionaria el Derecho del Ciudadano y la libertad e igualdad de todos los “hombres”. Por lo tanto, se obtiene la información de la existencia de un derecho innato al hombre, inserido en el contexto histórico de contraposición al Estado.⁶¹,

Desde el punto de vista histórico los conceptos de persona y de hombre no siempre tuvieron correspondencia. En el Periodo de la esclavitud, se despojaba al hombre de la condición de sujeto de derecho para considerarlo cosa, desprotegido de la facultad de ser titular del derecho, para ocupar en la relación jurídica la situación de objeto.⁶²

En la actualidad la “persona se define no solamente por su abstracta de tener la libertad de firmar vínculos jurídicos patrimoniales, sino también por sus dimensiones relacionales, éticas y existenciales. Esas dimensiones afirman con la concreta vivencia en un espacio que es privado o particular y público o común y en relación por la cual tenemos la atribución de ciertas responsabilidades sociales, en el cual estamos inseridos en nuestra integridad, no simplemente como funcionalidades o como entidades económicas”⁶³.

La identificación del ser natural como persona, a quien se le designa y reconoce el derecho al nombre para individualizarlo, y tener imagen, para ser reconocido, de entre otros, es la configuración jurídica de la personalidad de derecho, a quien la ley atribuye derechos y obligaciones.

Para la persona en el sentido jurídico, el derecho fue hecho, conceptuándose persona todo ser humano con derechos y obligaciones. El derecho atribuye a la persona la calidad de sujeto de derecho como contenido fundamental y finalista de la orden jurídica, conforme la expresión de Hermogeniano: “*omme ius causa hominum constitutum est*”.⁶⁴

⁶⁰ Para seguir con el mismo estudio de “persona” MESSINEO, Francesco. Manuale di diritto civile e commerciale: parte I. Milao: Dott. A. Giuffrè, 1950. v. 2., p. 70.

⁶¹ Todavía en la misma línea CENDON, ídem.

⁶² En el período de la esclavitud, no siempre el concepto de persona y hombre correspondía, veremos la teoría defendida en PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil, 19. de. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.1, p. 142.

⁶³ Ibídem, p. 160.

⁶⁴ En cuanto a la protección que el derecho da a la persona; ASCENSAO, José de Oliveira. Teoría geral do direito civil. Coímbra: Editora Coímbra, 1997; PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. Rio de

Como la persona es el sujeto de las relaciones jurídicas y la personalidad, le otorga la facultad de ser reconocida, se puede decir que toda persona está dotada de personalidad.⁶⁵ Con todo, no es solamente la persona individual a quien el ordenamiento jurídico atribuye personalidad, sino también a los entes morales, sean lo que sean y que constituyen agrupamientos de individuos que se asocian para la realización de una actividad económica o social (sociedad o asociaciones), que se forman mediante la destinación de un patrimonio con un fin determinado (fundaciones).⁶⁶

A su vez nuestro estudio se concentrará en la persona natural, el ser humano, para dejar de lado al individuo, en razón de los derechos de la personalidad ser inherente a la persona humana, como atributo que a él está indisolublemente asociado.⁶⁷

1.3. Características de la personalidad.

A su vez, creemos imprescindible el análisis del que viene a ser la 'personalidad', que de todos modos se encuentra vinculada directamente a la persona. Como hemos expresado anteriormente, la personalidad⁶⁸ "consiste en un conjunto de caracteres propios de la persona"⁶⁹, son "aquellos trazos relativamente duraderos de un individuo que explican por sus maneras características de comportarse"⁷⁰, son las características particulares de cada ser, que lo convierten en único en el mundo, son sus aspectos propios⁷¹, tales como: nombre, cuerpo, consciencia, honra, reputación, imagen, valores, entre otros, que hacen de las personas sean diferentes de las cosas y distintas unas de las otras.

Este entendimiento está dentro de la estera que por mucho tiempo ha defendido el

Janeiro, Forense, 1999, v. 1, pg. 142; PUECHE, José Henrique Bustos. Manual sobre bienes y derechos de la personalidad. Madrid. Dykinson, 1997, p. 17.

⁶⁵ La teoría que toda persona es dotada de personalidad puede ser estudiada en PEREIRA, op. cit., pg. 142.

⁶⁶ Todavía en la misma línea; Ídem.

⁶⁷ Para seguir el mismo estudio, Ídem, p. 144.

⁶⁸ Acerca del concepto legal y jurisprudencial del derecho de la personalidad; CHAVES, Antonio. Tratado de direito civil: parte geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1, p. 305.

⁶⁹ Delante de las discusiones doctrinales surgidas en torno de las características de la personalidad; como el conjunto de caracteres propios de la persona, tenemos TELLES JR., Goffredo. Direito subjetivo - I. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 28, pág.315, apud. DINIZ, op. cit., p. 117.

⁷⁰ Los derechos de la personalidad, hacen referencia a un conjunto de bienes que son propios del individuo y constituyen las manifestaciones de la personalidad del propio sujeto. MOTES, Carlos Maluquer de. Derecho de la persona y negocio jurídico. Barcelona Bosch, 1993, p. 29 y STRATTTON, Peter; HAYES, Nicky. Dicionário de psicologia. Trad. Esméria Rovai. São Paulo: Pioneira, 1994. p. 175.

⁷¹ "[...] a personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana." SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 70.

escritor Adriano de Cupis, maestro italiano y referente mundial en este tema. Por otro lado, existen ciertos derechos sin los cuales la personalidad restaría una susceptibilidad completamente irrealizada, privada de todo el valor concreto: derechos sin los cuales todos los otros derechos subjetivos perderían todo el interés para lo individuo, el que equivale a decir que, si ellos no existiesen, la persona no existiría como tal. Son los llamados "derechos esenciales", con los cuales se identifican precisamente los derechos de la personalidad⁷².

Según el escritor y jurista Walter Morães, la personalidad "vem a ser, então, aptidão para ser pessoa; ou seja, personalidade é o quid que faz com que algo seja pessoa"⁷³

En la especificación del jurista Plácido e Silva, personalidad:

Do latim *personalitas*, de persona (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou constituindo um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente, se diferencia de qualquer outro.

Assim, opondo-se à acepção de generalidade, traz consigo o sentido e singularidade, exprimindo o conceito de uma relação abstrata de existência, ou seja, do próprio ego concreto da pessoa natural. É a qualidade de pessoa.

Nesta razão, a personalidade, tomada neste sentido, não pode ser mais que uma, porque somente uma é a individualidade, que dela se deriva. [...]

Desse modo, a personalidade exprime, igualmente, o conjunto de caracteres e elementos que vêm formar ou constituir a coisa, para mostrá-la própria e numa individualização, que não se confunde com qualquer coisa. [...]

A personalidade, portanto, exprime o caráter próprio, e designa a vida com independência, a vida autônoma. Personalidade. No sentido filosófico, entende-se o conjunto de qualidades que constituem a pessoa.⁷⁴

Es la personalidad la aptitud para ser persona, porque es la que reviste al sujeto de individualidad, lo que le haces único, la jurista Rosa Nery destaca cinco características de la personalidad, a las cuales denomina atributos de la personalidad⁷⁵, que la luz de la Teoría General del Derecho Privado permiten la individualización de la persona como sujeto de derecho⁷⁶.

⁷² En referencia a los derechos esenciales tras CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 24.

⁷³ "No hay valor que supere el valor de la persona", como señala SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Fortaleza: Celso Bastos, 1999, p. 993 y MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, dez. 1984, v. 73, n. 590, p. 16.

⁷⁴ Cfr. SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. 26ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, p. 1.035.

⁷⁵ También utilizan esta denominación FRANÇA, Limongi .Manual de direito civil. v. 1, p. 145 e Louis JOSSERAND, Derecho Civil: Tomo I, v. 1. p. 193.

⁷⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado, p. 277.

Esas características son capacidad, status (estado), nombre, domicilio y fama. Todas ellas se funden en la persona de modo que su individualización sea reconocida, diferenciando a los demás miembros de la colectividad.

1.3.1. La capacidad.

La característica de la capacidad es la posibilidad de la persona de adquirir o de ejercer derechos y deberes; de ocasiones es confundida con el concepto de personalidad, que se refiere a la existencia de la persona, la capacidad es la aptitud del individuo para la realización de actos civiles.

Es decir, la personalidad es, por tanto, un bien⁷⁷, el primero de ellos, que permite al ser humano, en cuanto sujeto de derecho, gozar y disfrutar de todos los demás bienes. Por ello, podemos afirmar que la personalidad es el punto de apoyo de todos los derechos y obligaciones.⁷⁸

Precisamente, cada ser humano, que único, alcanza la protección de su propia esencia, sea contra actos estatales o de particulares, por intermedio de los derechos de la personalidad, que le proveen de medios e instrumentos adecuados para impedir la lesión, amenaza, o eventualmente su posterior reparación civil.

De otro lado, la personalidad jurídica es la aptitud de la persona de ser titular de derechos y obligaciones a modo de ejemplo tomamos como base el art. 1º del Código Civil Brasileño de 2002⁷⁹. "A personalidade jurídica costuma ser definida formalmente como a susceptibilidade de direitos e obrigações ou de titularidade, ou de ser sujeito de direitos e obrigações ou de situações jurídicas."⁸⁰

⁷⁷ El significado de "bien" adoptado en este trabajo es el dado por la jurista Roxana Cardoso Brasileiro Borges: "[...] bien jurídico en sentido amplio es sinónimo de objeto de derecho, como aquello que pueda configurar en una relación o en una situación jurídica bajo la titularidad jurídica y concreta de un sujeto de derecho (no significa, con todo, ser objeto de derecho real o personal económico) [...]. Los atributos de la personalidad como la imagen, el nombre, la privacidad, la integridad física se incluyen en el grupo de los bienes jurídicos en el sentido amplio, para poder ser objeto de la relación jurídica o la situación jurídica". BORGES, op. cit., pgs. 40-42.

⁷⁸ A este respecto, veremos la interpretación del autor cuando afirma que la personalidad es un punto de apoyo de los derechos y obligaciones, PEREIRA, op. cit., p. 241.

⁷⁹ Código Civil Brasileño Art. 1º : "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil."

⁸⁰ El esquema introducido en el Código Civil de 2002 repete a la fórmula adoptada en el Código Civil Portugués y en el italiano, define sus características generales y regula algunos aspectos especiales, que, independientemente de la reglamentación de los derechos de la personalidad en el Código Civil, sus principales derechos todavía son mantenidos en la Constitución Federal. VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral do direito civil. 3. ed.

Tal concepción fue adoptada por el jurista Beviláqua cuando afirmabamó que: "Pessoa é ser a que se atribuem direitos e obrigações. Personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações"⁸¹, razón por el cual es asiente que "a idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa"⁸².

Para el escritor y jurista Adriano de Cupis, aunque no presente un concepto expreso de personalidad, asevera sobre ella:

A personalidade, ou capacidade jurídica⁸³, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos, nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica.⁸⁴

Se constata que el término 'personalidad' puede adquirir dos significados: el sentido técnico (personalidad jurídica), como es la posibilidad del sujeto de ser titular de derechos y obligaciones; y el sentido humanístico (personalidad humana), como el que es inherente del ser en cuanto persona.

El jurista y escritor Santiago Dantas se refería a esas significaciones con propiedad impar: cuando se considera a personalidad, identifica-se esta com a capacidade de direitos e se diz que é a personalidade? É a capacidade que tem um homem de direito e obrigações.

Lisboa: Almedina, 2005, p. 35.

⁸¹ En su obra *Teoría Geral do Direito Civil*, Clóvis Beviláqua hace una clasificación de los derechos que toma por base el objeto, bien o interés bajo protección del orden jurídico, en que clasifica el derecho de la persona, entre otros, como categoría de derecho bajo el modo de ser del individuo, que atribuye un orden civil, la denominación de *jus personarum*. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoría geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 2001. pgs. 115-116.

⁸² Si partimos de la noción de que la persona es el fundamento y fin del derecho, se puede destacar que no son todos y cualquier derecho que disciplinan aspectos personales que pueden ser tratados como derechos de la personalidad. PEREIRA, op. cit., p. 213.

⁸³ Atribuye el escritor y jurista italiano Adriano De Cupis la misma significación tanto a la personalidad jurídica como a la capacidad jurídica. En este aspecto en particular, hay que discordarse de él, la personalidad jurídica es la posibilidad del sujeto ser titular de derechos y obligaciones. Además, algunos también la llaman de 'capacidad de derecho', en cuanto la capacidad jurídica, también denominada de "capacidad de hecho", por el cual, es la posibilidad de ejercer estés derechos y obligaciones por sí sólo. Toda persona tiene personalidad jurídica, mas no todas tienen capacidad. Los institutos de la personalidad jurídica (capacidad de derecho) y capacidad jurídica (capacidad de hecho) son interlineados e "se interviene, sin confundirse" SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p. 107. En este sentido: Cumple distinguir la personalidad de la capacidad, que es la extensión dada a los poderes de acción contenidos en la personalidad. Podemos definir capacidad como la aptitud de alguien para ejercer por sí los actos de la vida civil". Fundamentarse la teoría presentada en: BEVILÁQUA, op. cit., p. 117. Siguiendo la misma idea es a través de la lección de Maria Helena Diniz, para quien "toda persona es dotada de personalidad", en cuanto que a "capacidade, por sua vez, é a medida da personalidade". Así, para ser 'persona' basta que el individuo exista, y para ser 'capaz', el ser humano precisa rellenar los requisitos necesarios para actuar por si, como sujeto activo o pasivo de una relación jurídica". DINIZ, op. cit., pgs. 114-115.

⁸⁴ En mismo sentido, tras CUPIS, op. cit., p. 19.

La capacidad puede ser de derecho o de hecho. La capacidad de derecho es la adquisición de derechos atribuida indistintamente a todas las personas. La capacidad de hecho (o de ejercicio de derecho) no es propia de toda persona, sólo de los sujetos de derecho que están aptos para las actividades de la vida civil y para la manera de ejercer-los.

La capacidad de ejercer los derechos de las personas jurídicas es plena, sin limitación, en cuanto a las personas físicas o naturales podrán sufrir limitaciones en su capacidad de ejercicio, de modo absoluto o relativo en razón de la edad (Art. 3º, I y Art. 4º, I do CC brasileño) o en razón de estado de salud física o mental permanente o temporal, sea grave o menos grave (Art. 3, II y III y Art. 4º, II, III, y IV del CC brasileño).

Resaltamos que la hipótesis de limitación de la capacidad de ejercicio de la persona natural en nada afectan a su personalidad, pues, al referirnos a la persona menor de edad, al enfermo que no puede ejercer su voluntad, además de, el pródigo, también al el interrumpido civilmente, conservan integralmente su individualidad.

La limitación de la capacidad de ejercicio de esas personas, en estas situaciones determinadas, se ejecuta el ejercicio de su capacidad en la vida jurídica, y para cada situación hay una solución legal posible (son representados o asistidos, conforme sea la incapacidad absoluta o relativa). Esto porque el ejercicio es limitado, mas no es restringido, una vez que hubiese restricción se atingiría la propia calidad de persona. Se divide que la capacidad es la regla, la incapacidad, la excepción.

La capacidad se justifica como característica de la personalidad, pues si fuera negada a la persona, como sujeto de derecho, la capacidad de adquirir derechos (y, por consecuencia, deberes) y de ejercicio de derechos, el resultado sería la negación de la existencia de la persona en el mundo jurídico. En este sentido, la jurista Rosa Nery apunta que la capacidad, así como los demás atributos, está intimamente relacionada con ejercicio, negación o disminución de la ciudadanía⁸⁵. Es esta condición de atributo que lleva a la persona a renunciar o declarar reducida su capacidad⁸⁶.

⁸⁵ Ídem, p. 278.

⁸⁶ Como ha puesto de relieve PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil: v. I, p. 265.

1.3.2. Estado individual, familiar y político.

La formulación del concepto de capacidad, en el derecho antiguo, se organizó en torno del concepto de “status”⁸⁷, quien reunía las calidades jurídicas específicas del *status libertatis*, del *status civitatis* y del *status familiae* gozaba de capacidad plena⁸⁸. La falta de esos estados acarrea la *capitis diminutio*, máxima, media y mínima, respectivamente⁸⁹.

El jurista Caio Mário da Silva Pereira explica que el estado de la persona “relaciona-se com a personalidade, porque é uma forma de sua integração, e articula-se com a capacidade porque influi sobre ela”⁹⁰, una vez que el estado político importa para el ejercicio de derechos en la orden política, en cuanto el estado civil interfiere en el ejercicio de los derechos en la orden civil.

El estado (status) es característica de la personalidad, que se traduce a la calificación jurídica de la persona en el grupo social en el cual está inserida, sea en el ámbito individual, familiar o político.

Las personas son calificadas por su estado individual (*status personalis*)⁹¹ que corresponde a la manera de ser de la persona en cuanto al género (masculino/femenino), cuanto a la edad, que puede ser modificada por el factor tiempo (mayoridad o minoridad), en cuanto a la salud mental (libre de cualquier de las hipótesis previstas en los arts. 3º y 4º del CC brasileño).

La calificación del estado ocurre también por el *status familiae* que corresponde al papel, o mejor, papeles, que la persona ejerce en el núcleo familiar, derivado del hecho natural, como el nacimiento, o del hecho jurídico, como es la adopción o casamiento. Esos papeles pueden ser el de padre, madre, hijo, hermano, abuelo/abuela, nieto, tío, sobrino. Cada uno de esos papeles produce una enorme gama de derechos y obligaciones, asumidos por la persona en razón de estar en determinada posición jurídica, así como un hijo tiene derechos y deberes propios de esa condición de vástago y los padres tienen derechos y deberes inherentes

⁸⁷ En este sentido se manifiesta NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*, p. 155.

⁸⁸ Recientemente, recoge esta idea GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito civil brasileiro: parte geral*, p. 168.

⁸⁹ Revela el escritor VENOSA, Silvio de Salvo *Direito civil: parte geral*, p. 129.

⁹⁰ *Instituições de direito civil: v. I*, p. 265. En el mismo trejo el autor enseña: O direito romano atentava para o fato de o individuo ser ou não cidadão, ou ser livre ou escravo, para conceder-lhe ou recusar-lhe a capacidade de direito, e a isto chamava-se *status civitatis* e *status libertatis*. O direito moderno indaga se o homem é casado, solteiro ou viúvo; se é separado ou divorciado, se é nacional ou estrangeiro (...).”

⁹¹ En este sentido PEREIRA, Caio Mário da Silva *op. cit.*, p. 265.

a ese *status*⁹². Las normas referentes al estado familiar son propias del derecho de familia, mas repercuten en el derecho de las cosas, de las obligaciones y de las sucesiones.

La jurista María Helena Diniz destaca que los efectos de los estados individual y familiar son de gran importancia, a punto de el Art. 9º del CC exigir el registro público, de nacimiento, casamiento, óbito, emancipación, interdicción y de sentencia declaratoria de ausencia y de muerte presumida, y el Art. 10 requiere la escritura en registro público de alteraciones de esa situación⁹³.

La calificación de la persona también ocurre por el estado político (*status civitatis*) que identifica a la persona frente a orden política, en su estado de nacional, extranjero o apátrida, o, todavía, de nato o naturalizado. La identificación del *status político* de la persona delante del Estado influye en su condición de ser o no ciudadano, que establece derechos y obligaciones referentes a la situación ejercida.

El estado es individual, familiar y político que es un atributo de la personalidad, por tanto veínculado a la condición de la persona, es indivisible, indisponible y imprescriptible. Indivisible porque la persona está impedida de ser titular simultáneamente de condiciones incompatibles, como por ejemplo: ser mayor de edad y menor de edad; ser casado y soltero; ser brasileño y extranjero (salvo excepción legal de la doble nacionalidad). Indisponible, la persona no puede renunciar o transacionar su condición de hijo. Es posible sólo la modificación que, todavía, no es arbitraria, visto que siempre ocurrirá en la manera prevista por ley. Finalmente es imprescriptible, una vez que la inercia de la persona en el tiempo en nada interfiere en la adquisición o pérdida del estado que le compete, por ejemplo, una vida de décadas en unión estable de pareja, no altera el estado de las personas para estar casado porque la celebración del matrimonio es un acto esencial y solemne de validez. Otro ejemplo: el estado de hijo puede ser pleiteado en cualquier tiempo⁹⁴.

El estado como elemento integrante de la personalidad nace con la persona y con ella desaparece, por ocasión de su fallecimiento⁹⁵, puede ser modificado de acuerdo con la ley.

⁹² Defiende esta tesis NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado, p. 280.

⁹³ En este punto estamos de acuerdo lo afirmado por DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Teoria Geral de Direito Civil, p. 242. Rosa Maria de Andrade Nery llama a atención para la exigencia legal de intervención del Ministério Público, conforme los Art. 82, II y Art. 472 del CPC, en las acciones judiciales, denominadas acciones de estado, que tienen por objeto preservar, alterar o reconocer el estado individual, familiar o político de alguien, en Noções preliminares de Direito Civil, p. 156.

⁹⁴ Advierte el jurista PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: v. I, pgs. 266 - 267.

⁹⁵ Podemos analizar la teoría defendida por DINIZ, Maria Helena Curso de direito civil brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, p. 244.

El jurista Pontes de Miranda relata que hubo quien clasificase el “status” como un derecho de la personalidad, sin embargo la calificación de la persona en cuanto a la nacionalidad, a la ciudadanía, al estado civil, o a la filiación, no se irradia de su naturaleza humana, más del hecho legal⁹⁶.

Por tanto, el “status” se prende a la personalidad como característica de esta, y no a los denominados derechos de la personalidad, que se refieren a la naturaleza de la persona.

1.3.3. El nombre

El jurista Pontes de Miranda, ilustra que la personalidad es el primer bien de todos. Utiliza el paralelo con el derecho al nombre, asevera:

O primeiro deles (bens) é o da personalidade em si mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade após o direito de ter nome, já esse, a seu turno, posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal. Quem é pessoa (tem direito de personalidade) tem direito a ter nome quando se dá a *impositio nominis*, há o direito ao nome, que é necessário, instrumentalmente, à inserção da pessoa nas relações jurídicas. .A criança herda antes de ter nome.⁹⁷

El nombre de las personas naturales comprende el nombre, el apellido el agáname si lo hubiese, la mujer al casarse puede adquirir el apellido del esposo. El nombre es la identificación individual, el apellido a la identificación de la familia, de la origen familiar del individuo; y el agáname, utilizado para distinguir parientes que poseen el mismo nombre (prenombre y apellido), por ejemplo “nieto”, “sobrino”.

El jurista Limongi França explica que el nombre sea elegido a penas en el momento del registro del nacimiento; el rebano es identificado, llamado, denominado de algun modo, como “niño”, y en las maternidades como “el niño número tal” o “el niño tal (nombre de la madre)”, sin el que en muchas de las actividades esenciales para garantizar-le al propio derecho a la vida (como alimentación, higiene, tratamiento médico) no pueden ser atendidas de modo regular⁹⁸.

⁹⁶ Para mejor estudiar la PONTES DE MIRANDA, Tratado de direito privado Parte Especial: tomo VII, p. 62.

⁹⁷ Así lo establece MIRANDA, P. de, op. cit., p. 39.

⁹⁸ Comparten esta teoría, FRANÇA, Limongi. Do nome das pessoas naturais, p. 139.

La doctrina enseña que, por ser característica de la personalidad, el nombre es inalienable, imprescriptible, por tanto protegido judicialmente⁹⁹. Todavía, la comprensión del nombre como característica de la personalidad, parte de la percepción de que el sujeto está impedido de renunciar a ser nominado, el nombre tiene función identificativa.

La función identificativa del nombre y del apellido no implica que sea en si inmutable y inalterable. En los términos de la legislación específica o en el caso de acto ilícito como utilización de nombres falsos. Hay siempre la necesidad de un nombre cualquiera, el sujeto debe ser identificado de alguna manera.

El nombre es la designación o señal exterior por el cual la persona se identifica en el seno de la familia y de la sociedad¹⁰⁰. El nombre no depende de la voluntad de la persona, que o adquiere con el nacimiento y que llega consigo hasta su fallecimiento. En suma, no hay persona sin nombre.

1.3.4. El domicilio.

El domicilio constituye una característica de la personalidad, porque en la dimensión espacio¹⁰¹ es inherente a la existencia de la persona, la existencia no ocurre en vacío, en la nada. La persona está siempre en algún lugar y a penas en un lugar. A esa dimensión espacial de la persona se asignó en el campo jurídico la denominación de domicilio.

Su importancia encuentra origen en la Antigüedad, momento en el cual se exigía que el ciudadano, para poder participar de los asuntos del mundo, debería poseer una casa, un lugar que fuera propiamente suyo¹⁰².

El domicilio es definido por el derecho romano como el local donde alguien constituye su lar, bien como sede de sus negocios¹⁰³. Es, en lenguaje más moderna, “(...) la

⁹⁹ Podemos analizar la teoría defendida por DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil, p. 230.

¹⁰⁰ Por su parte GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol. 1 p. 148.

¹⁰¹ Conforme Abbagnano en Dicionário de Filosofia, en la palabra “Espacio”: el término ocasionó origen a tres órdenes de problema: 1º, con respecto a su naturaleza; 2º, de su realidad; 3º, de su estructura métrica. En este trabajo interesa el problema de la naturaleza, que comprende el espacio como lugar, como recipiente y como campo. La concepción de espacio como lugar prevaleció en la Antigüedad y en la Edad Media y era entendido como atributo, como propiedad de la substancia. Como recipiente, era la tesis defendida por Newton y prevaleció por todo siglo. XIX. Finalmente, la concepción de espacio como campo fue presentada por Einstein en el siglo. XX. Esta concepción tiene el mérito de retornar la teoría clásica, más de acrecentar otro aspecto, el tiempo. (Nicola ABBAGNANO, Dicionário de Filosofia, pgs. 406 a 411.)

¹⁰² En esta línea ARENDT, Hannah. A condição humana, p. 35. La autora alerta, que el sentido no es de riqueza, de propiedad, mas separa los límites entre la esfera pública y la privada.

¹⁰³ “Ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summan constituit” in PEREIRA, Caio Mario da Silva.

sede jurídica de la persona, es donde ella se presume presente para efectos de derecho y donde ejerce o practica, habitualmente, sus actos y negocios jurídicos¹⁰⁴”.

La normatización del instituto en Brasil está en el Código Civil de 2002, en los artículos 70 hasta el 78, que dispone sobre el domicilio de la persona natural y jurídica, de la mudanza, de las especies; voluntario, legal (necesario) y de elección. El domicilio produce consecuencias en diversas áreas del derecho, tanto en la esfera material en cuanto a lo procesal.

Describe el artículo 70 del Código Civil de 2002: “(...) o domicilio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”. Según el jurista Carlos Roberto Gonçalves el concepto de domicilio civil se compone de dos elementos: “(...) el objetivo, que es la residencia, el mero estado de hecho material; y el subjetivo, de carácter psicológico, consistente en el ánimo definitivo, en la intención de ahí se fija de modo permanente¹⁰⁵”. El conjunto de esos dos elementos forma el domicilio civil.

El aspecto que queremos resaltar, es en tanto, el de comprenderlo como característica de la personalidad. La fijación espacial de la persona depende de su disposición de voluntad, como si el mismo no tiene residencia habitual, por ser nómada, como los gitanos, o los desprovisto de recursos, como son los sin techo, o los que pasan la vida de viaje, sin un punto central de negocios, tendrá por domicilio el local en que se encuentra (Art. 73 do CC brasileño e Art. 94, §2º del CPC de Brasil). Por lo tanto se concluye que toda persona posee domicilio, su existencia ocupa un espacio.

1.3.5. Fama.

Toda persona posee características y calidades que la hacen única e irreplicable, porque la individualizan. El término individualizar significa diferenciar, singular. La singularidad de cada persona compuesta infinitos elementos que conjuntamente la identifican, la hacen única y es conocida en su ambiente social. A este conjunto de trazos distintivos se le da el nombre de fama.

La fama tiene la función de hacer de alguien que sea conocido y/o reconocido por sus características (calidades, defectos, méritos), por tanto es más un criterio de identificación del

Instituições de direito civil: v. I, p. 369.

¹⁰⁴ En este sentido DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil, p. 244.

¹⁰⁵ Direito civil brasileiro: parte geral, p. 173.

sujeto, juntamente con capacidad, estado, nombre y domicilio, lo que conyeva a componee el conjunto de las características de la personalidad.

La fama, como atributo da la personalidad, no se confunde con en el sentido de reputación, ella se limita a identificar al sujeto, por ejemplo: “Fulano, empresario del ramo agropecuario...”. Cuando se pasa a calificar la persona de Fulano refiriendose a su fama (reputación) de buen o mal empresario, se puede atingir a la integridad moral o profesional de esa persona, causándole perjuicios.

En ese sentido, la jurista Rosa Nery alerta sobre la referencia a la fama no es identificación, es mas de calificación, de evaluación (buena o mala), se saldrá del campo del atributo de la personalidad para adentrarse en la esfera de los llamados derechos de la personalidad, donde se adquiere el carácter de objeto, para se referir a la naturaleza del hombre, a la humanidad del ser, como es la autoestima¹⁰⁶.

1.4. Los derechos de la personalidad.

Una vez definido el sujeto de derecho para actuar en el m undo jurídico es individualizado por la capacidad, nombre, estado, domicilio y fama. Estos elementos característicos de la personalidad se refieren a la persona, en otras palabras, al ente dotado de personalidad.

El derecho de la personalidad¹⁰⁷ es la tutela de los derechos que son característicos de la persona, a su personalidad, que protegen al hombre como ser individualizado, como un conjunto unitario, dinámico y evolutivo de los bienes y valores esenciales en su aspecto físico, moral e intelectual¹⁰⁸. Además, sin perder de vista, que tales bienes son pertinentes al ser humano, no se puede concebir un individuo que no tenga derecho a la vida, a la libertad física o intelectual, al poseer nombre, al cuerpo, la imagen y aquello que él cree ser su honra.¹⁰⁹

La consagración legislativa de los derechos de la personalidad ocurriera, inicialmente, en el campo del Derecho Público. Pudiéndose, inclusive, identificar desde las

¹⁰⁶ Defiende NERY, Rosa Maria de Andrade. Noções preliminares de direito civil, p. 160.

¹⁰⁷ La expresión citada, según el escritor Francisco AMARAL, por Otto Gierke, es la expresión que se consolidó, inclusive, en el Capítulo II del Título I del Código Civil brasileño de 2002, aunque ya hayan sido usadas las expresiones: derechos individuales, derecho sobre la propia persona, derechos innatos, derechos primarios, personalismo, fundamentales, humanos, entre otras. AMARAL, op. cit., p. 252.

¹⁰⁸ También conceptúa la noción de personalidad, el jurista AMARAL, op. cit., p. 251.

¹⁰⁹ Veremos el concepto de que venga a ser personalidad en sus expresion, RODRIGUES, op. cit., p. 81.

declaraciones de derecho en norte-americana y en Francia donde tomar renombre la afirmación de la libertad de conciencia en decurrencia del Estado.

Ya en el ámbito del Derecho Civil, sólo en el siglo XIX y XX es que los civilistas vislumbrarían la necesidad del estudio de los derechos de la personalidad, lo mismo ocurrirá con las legislaciones que pasarán a tratar el tema en sus preceptos legales.

Para el jurista Alexandre de Moráis¹¹⁰, la dignidad es uno de los relevantes valores "espirituales" y "morales" inherentes a la persona, se manifiesta en la subjetividad y auto determinación de su vida, al mismo tiempo en que impone a la pretensión de respetabilidad en relación a las demás personas.

Así que, son irrenunciables, la persona no puede abdicar de sus derechos de la personalidad, los puede ejercitar debido lo que es inseparable de su humabilidad. Con todo, a pesar del derecho de la personalidad no es renunciable su ejercicio puede ser restringido en algunos casos, sin que se pierda el derecho, y puede ser restablecido a cualquier tiempo.

Igualmente, se pueden citar otras referentes a los derechos de la personalidad: a) innatos u originarios, una vez que son adquiridos así que la persona al nacer, independientemente de su voluntad; b) vitalicios, peregnes o perpetuos, que duran toda la vida; c) absolutos, "en el sentido de que poden ser opuestos *erga omnes*".¹¹¹ Así mismo, los derechos de la personalidad son imprescriptibles, no se pierden por un plazo de tiempo, no prescriben y, pueden ocurrir por acto de disposición.¹¹²

El carácter intransmisible de los derechos de la personalidad determina que ellos no pueden ser objetos de cesión, son derechos personalísimos que siempre serán ejercitables y ejercidos. Todavía, son también inalienables, intransferibles e innegociables, también son a título gratuito y oneroso, puesto que no son de contenido económico-patrimonial.

El jurista Silvio de Salvo Venosa complementa:

Diz-se que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais porque inadmitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivo de um desconforto, mas

¹¹⁰ Cfr. MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 58.

¹¹¹ En este sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1, p. 173.

¹¹² Referente a interpretación del Novo Código Civil afirma NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Danos morais e direitos da personalidade. Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponible en: <<http://jus2.uo.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acceso en: 23 Ago. 2015.

não se equiparam à remuneração ou contraprestação. Apenas no sentido metafórico e poético podemos afirmar que esses direitos pertencem ao patrimônio moral de uma pessoa.¹¹³

Según el jurista Washington de Barros Monteiro, sobre las características de los derechos de la personalidad, afirma:

Realmente, não podem ser objeto de transação, nem se transmitem a qualquer título aos sucessores do seu detentor, que também a eles não pode renunciar, nem estabelecer limites voluntários. Se houver limitações, somente por lei poderão ser fixados. Assim, nem mesmo o titular está autorizado a estabelecer autolimitação a seu exercício.¹¹⁴

Podemos entender entonces que, los derechos de la personalidad protegen la dignidad de la persona, no puede el individuo, de forma voluntaria, transmitir, renunciar, disponer o alienar tales derechos, “com exceção dos casos previstos em lei”, conforme prevé la primera parte del artículo 11, del Código Civil brasileño.

Por lo expuesto, se caracterizan los derechos de la personalidad como derechos subjetivos, fundados en la dignidad de la persona, que tutelan la manifestación de los bienes de la personalidad, es decir, los atributos, los caracteres intrínsecos e inherentes al ser humano, que tienen como fin posibilitar el goce de las facultades que se exigen para su completo, libre y digno desarrollo. En síntesis, podemos afirmar que a la hora de proteger al individuo se pensaban más en lo que la persona tenía, que en lo que era en sí mismo. Por ello han sido objeto de tutela jurídica, sobre todo, los bienes externos de la persona, necesarios para la satisfacción de sus necesidades materiales¹¹⁵.

La persona para el Derecho Civil era considerada como un sujeto titular de derechos subjetivos o como sujeto de la relación jurídica, no se razonaba sobre ella en sí misma. El cambio de enfoque del sistema jurídico, que se mencionó, impuso que la persona fuese

¹¹³ Ídem, Ibidem.

¹¹⁴ Sobre las características del derecho de la personalidad MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: parte geral*. 33º. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 97.

¹¹⁵ Relata el escritor Clavería Gosálbez, que una vez Schopenhauer aseveró que “lo que diferencia la suerte de los mortales puede reducirse a tres condiciones fundamentales: lo que uno es, lo que uno tiene, lo que uno representa”. Concluye el mismo autor, Clavería Gosálbez, que ello significa que los intereses humanos versan sobre las esferas del ser, del tener y del representar; y si los intereses versan sobre dichas esferas, será asimismo respecto de ellas donde acaezcan los conflictos de intereses. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto. “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad” en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO*, 1984, pgs. 101 a 116.

considerada mereciera también dentro de la tutela, es decir, que sus bienes internos, intrínsecos, deberían tener protección jurídica. Por lo tanto, se infiere que la evolución jurídica en este sentido confirmó que lo más importante de la persona es ella misma, donde se valora el ser que el tener demás, se torna el eje central sobre el que gira el Derecho, y hacia ella, de forma directa o indirecta, van dirigidas las normas y por ella son creadas.

En cuanto tal, la persona es capaz de ser titular o sujeto de relaciones jurídicas, de derechos y de obligaciones, también aparece dotada de un poder jurídico que debe ser amparado y previsto por el Derecho objetivo. Este poder se manifiesta mediante el otorgamiento de una serie de facultades jurídicas para proteger bienes y atributos de diversas naturalezas, que constituyen los denominados derechos subjetivos¹¹⁶. Así que, en el inicio de la construcción jurídica de los derechos de la personalidad, por lo que podemos afirmar sin ninguna duda, que la primera dificultad con la cual se encontraron los juristas.

Tales atributos, características, manifestaciones o emanaciones son bienes que deben ser jurídicamente tutelados por el Estado contra cualquier lesión o amenaza y con esta protección se alcanza lo que es inherente y esencial al ser humano, como la vida, la libertad, la integridad física o psicológica, la honra, el decoro, la intimidad, la imagen, el nombre, etc.

También podemos destacar que no hay espacio para la distinción vigente entre los derechos humanos y de la personalidad, donde se entendían a los primeros como de protección jurídica contra los excesos y arbitrariedades estatales y los segundos contra actos de los particulares.

Tal diferenciación llevaba a una dicotomía entre el derecho público y privado, sin resonancia en el derecho moderno, ambos poseen la misma naturaleza ontológica, pero es de poca relevancia contra quien se vuelca la protección, en vista de que los derechos como; la vida, el nombre, la honra, la imagen, la reputación, al propio cuerpo etc., por evidentes que sean, deben ser protegidos contra toda y cualquier lesión, sean ellas originarias de entes estatales o de particulares.¹¹⁷

¹¹⁶ La identificación de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos no aparecía, de hecho, de forma pacífica en la doctrina. ESTRADA ALONSO, Eduardo. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo. Editorial Civitas: Madrid, 1989, pgs. 37-38.

¹¹⁷ En este sentido: la moderna doctrina que se desarrolló en torno de la teoría del derecho general de la personalidad se opone a la llamada doctrina tradicional, cuya tesis afirma que los derechos fundamentales originarios deben apenas tornarse pretensiones de defensa contra ataques a las personas oriundas del Estado. Este pensamiento se constituye en una visión estricta que, infelizmente, donde es profesada por algunos profesores del derecho público en la década de los años cincuenta del siglo pasado. Es evidente que la principal función de

En el ámbito civil, los avances en el tratamiento de los derechos de la personalidad, se remontan al Anteproyecto de autoría del jurista Orlando Gomes de 1963, el preveió dispositivos normativos de protección al nombre, al derecho de disponer del propio cuerpo y de su imagen y sin dejar de lado a los derechos autorales.

1.4.1. Consideraciones sobre los derechos de la personalidad, los derechos humanos y los derechos fundamentales.

Los derechos de la personalidad son inherentes a la persona en razón de su naturaleza humana,¹¹⁸ su bien jurídico es el resguardo de la naturaleza humana en las relaciones privadas. El valor que fundamenta es la dignidad de la persona.

El contenido de los derechos de la personalidad se insiere en los derechos fundamentales y en los derechos humanos¹¹⁹. Sustentan su fundamento en valor de los derechos de la personalidad, con el que, no se confunden¹²⁰

La denominación “derechos humanos” tratan de la regulación de la protección de la dignidad humana en el ámbito internacional, en el cual la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es ejemplo máximo, surgen en una época en que se tornó posible

los derechos fundamentales se manifiesta en relación con la defensa de las libertades del Estado de Derecho, se sitúan, en un primer plano, la protección de los ciudadanos contra los atentados practicados por el propio Estado. Mas, los derechos fundamentales, inseridos en la Constitución, posee un campo de actuación mas amplio del que la simples protección del individuo contra el Estado; se constituyen, también, en legítimos preceptos para la realización de la vida social, poseen un elevado significado para las relaciones entre los particulares. Idénticamente, poseen las normas constitucionales para un auténtico y social Estado de Derecho, efectos inmediatos en el ámbito privado, en las relaciones jurídicas entre los individuos que son imprescindibles para una sociedad libre. Por eso, propone la necesaria superación de la tradicional dicotomía que divide el derecho público y derecho privado, especialmente, en relación con el derecho de la personalidad, por no tener mas lugar en la noción de Estado Social, que prescinde de la tradicional separación del orden jurídico en el derecho público, como es el conjunto de normas que tienen como objetivo regular las relaciones entre el Estado y el particular, y en derecho privado, que se constituiría en reglas para disciplinar las relaciones entre los particulares. De este modo, las normas emanadas de la Constitución y de las declaraciones internacionales, cuyo país las adopte y sea signatario de algún tratado, no traen, solamente, reglas que interesan al Estado sino también las relaciones con los particulares, igualmente, interesan a los particulares en las suyas relaciones privadas, el efecto de la Constitución es amplio, garantizan todas las relaciones jurídicas de un concepto de comunidad social. SZANIAWSKI, op. cit., pgs. 100 -101.

¹¹⁸ Refiere se LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: teoria geral do direito civil, v. 1, p. 204.

¹¹⁹ Cfr. AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução, p. 285; SCHREIBER, Anderson, Direitos da personalidade, p. 13.

¹²⁰ Respecto a esta cuestión LISBOA, Roberto Senise Idem, ibidem. SCHREIBER, Anderson op. cit., p. 12 e SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 27-35.

implementar mecanismos jurídicos de protección a la persona con vista en la soberanía del Estado.¹²¹

Refuta el jurista Gustavo Tepedino¹²² la distinción entre derechos de la personalidad, derechos fundamentales y derechos humanos. Defiende la necesidad de superación de las técnicas sectoriales, afirma sobre la tutela de la personalidad:

“Não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia do direito público e do direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana”

El jurista Capelo de Sousa¹²³ diferencia los derechos de la personalidad de los derechos fundamentales en los planos jurídico-gnoseológicos en los cuales se sitúan: aquellos, en el derecho civil; dentro del derecho constitucional. Sustenta que los derechos fundamentales son más amplios y abrigan todos los derechos, tales como las libertades y garantías de participación política del individuo, de los trabajadores y de derechos fundamentales como son los económicos, sociales y culturales. Afirma, además, que ni todos los derechos de la personalidad son fundamentales (como por ejemplo, los derechos a la imagen y de la moral del autor). Los derechos humanos, por su parte, se diferenciarían de los derechos de la personalidad son esenciales y universales, están situados también en el plano político, aduce.

A pesar de la mayoría de los preceptos relativos al derecho de la personalidad son garantías fundamentales, hay entre ellos distinciones, los derechos de la personalidad expresan aspectos que no pueden dejar de ser conocidos sin afectar la propia personalidad, en cuanto a los derechos fundamentales demarcan a la situación del ciudadano delante del Estado, con la preocupación básica de la estructuración constitucional.

La denominación “derecho fundamental” es utilizada para designar los derechos positivados, que se tratan en el texto constitucional de un determinado Estado; es la terminología apropiada para tratar de la protección de la persona en el plano interno, en el

¹²¹ En esta línea SARLET, I ngo Wolfgang . op. cit., p. 29.

¹²² En el supuesto de ejercicio de estas acciones, como señala TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, pgs. 52 y ss.

¹²³ Idem.

ámbito del derecho constitucional positivo¹²⁴. Derechos fundamentales son todas aquellas posiciones jurídicas concernientes a las personas, que, por su contenido e importancia, fueron previstas constitucionalmente, o que, como enseña el jurista Ingo Wolfgang Sarlet, por su contenido y significado, pueden ser equiparados y, ser agregados también a la Constitución material, para tener, o no, un lugar en la Constitución formal.¹²⁵

En síntesis, a pesar de largas zonas de coincidencia, la proyección de la perspectiva de los derechos de la personalidad y de los derechos fundamentales son distintas, una vez que:

Los derechos fundamentales presuponen relaciones de poder, los derechos de personalidad relaciones de igualdad. Los derechos fundamentales tiene una incidencia pública inmediata, cuando ocurren efectos en las relaciones entre los particulares; los derechos de personalidad tienen una incidencia privada, todavía cuando superpuesta o supuesta a los derechos fundamentales que pertenecen al dominio del derecho Constitucional, los derechos de personalidad al derecho Civil.¹²⁶

En cuanto al alcance de los derechos fundamentales y de la personalidad es preciso observar que el catálogo de los derechos fundamentales contempla protección a otros bienes de carácter patrimonial (por ejemplo, derecho de herencia y derecho de propiedad) o de carácter colectivo (como el derecho de huelga), que evidentemente no trata de la naturaleza humana, por tanto no pueden ser considerados derechos de la personalidad¹²⁷.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español todo este proceso ha quedado diluido por la evolución de la historia política del país. En efecto, durante el periodo dictatorial franquista se carecía de Constitución toda vez que en el CC español, altamente influido por la mentalidad burguesa del legislador decimonónico, más interesado en salvaguardar intereses patrimoniales que personales, no regula de forma expresa los llamados

¹²⁴ SCHEIBER, Anderson. op. cit., p. 13.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 77

¹²⁶ En esta línea discurre la interpretación de MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. Coímbra, 1993, tomo IV, p. 58.

¹²⁷ Para Ingo Wolfgang SARLET, los derechos fundamentales comprenden derechos de las cuatro dimensiones. Los derechos de la primera y la segunda dimensión son fácilmente reconocidos en las constituciones, que han acogido tanto los derechos tradicionales de la vida, la libertad y la propiedad, en cuanto al principio de la igualdad y los derechos y garantías políticas; en cuanto a los derechos de tercera y cuarta dimensión el autor entiende que la interpretación debe ser más cautelosa, pero también es posible considerar como derechos fundamentales el “derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado” (lo mismo que a su previsión constitucional — Art. 225 — se localiza fuera del título de los derechos fundamentales), la protección del consumidor (Art. 5º, inc. XXXII), el derecho a la información prestada por los órganos públicos (Art. 5º, XXXIII), entre otros ejemplos. Op. cit., p. 67.

derechos de la personalidad. Por ello, en el periodo de la dictadura franquista se carecía en el ordenamiento español tanto de la figura del derecho fundamental como la del derecho de la personalidad.

Ahora bien, pese a discusiones doctrinales sobre su existencia real, se introdujo en el ordenamiento jurídico español, gracias al trabajo jurisprudencial, el concepto de derecho de la personalidad a través del art. 1902 CC. Es decir, la jurisprudencia aprovechó las herramientas que le ofrecía el Derecho positivo, que inicialmente no estaban pensadas para proteger el ámbito de la personalidad, para crear la figura de los derechos de la personalidad. Con todo, ello se llevó a cabo pese a las limitaciones propias de la situación política, tanto en relación a la cantidad de derechos protegidos como al grado de protección como, sobre todo, a que la oposición del derecho se circunscribe en a la esfera de los particulares.

Por este motivo, al recoger la Constitución española de 1978, los llamados derechos fundamentales se entendió que éstos eran derechos exclusivos del ámbito público y como tales defendibles frente al Estado¹²⁸ mientras que los derechos de la personalidad eran derechos privados defendibles frente a los particulares. De ahí que haya quien considere que derechos fundamentales y derechos de la personalidad no hacen referencia a la misma realidad¹²⁹.

Sin embargo, en la actualidad ello no se puede mantener con base a varios argumentos. En primer lugar, la doctrina¹³⁰ y la jurisprudencia constitucional española¹³¹ han reconocido que los derechos fundamentales son recurribles en el amparo tanto si los vulnera el propio Estado como si lo hace un particular. Es cierto que las desigualdades en el ámbito de las relaciones Estado-ciudadano hicieron necesaria la configuración de los derechos fundamentales como una garantía que podía esgrimir el individuo frente al poder estatal que agredía sus derechos. Sin embargo, el Estado no es actualmente el único potencial agresor de

¹²⁸ En el mismo sentido se pronuncia ROGEL VIDE, Carlos; Derecho de autor, Barcelona, 2002, p. 15.

¹²⁹ Así ROGEL VIDE, Carlos; Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas, Bolonia, 1985, pgs. 151 y ss.

¹³⁰ Discutiremos las dos clases de juristas que defienden diferentes teorías SALAS, J.; “Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a las violaciones de las libertades públicas”, en Revista de Derecho Administrativo, 1980, nº 27, p. 558, DE LA QUADRA SALCEDO, T.; El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Madrid, 1981, pgs. 14-15 y 83-102, DELGADO ECHEVERRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; Elementos de Derecho Civil, Vol. I-2, p. 52 y ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.; “La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”, en La Ley, 1984, p. 1206.

¹³¹ En un sentido semejante vid. STCs 6/82 de 24 de mayo, 450/1985 de 10 de octubre de 1988, 1247/1986 de 2 de diciembre de 1988.

los derechos fundamentales sino que, por el contrario, ha pasado a ser el único defensor que tiene el individuo frente a agresiones que provengan de otros particulares.¹³²

Por otra parte, actualmente el interés público y el privado coexisten¹³³. El Derecho civil debe respetar y ser interpretado conforme a la Constitución por lo que la doctrina de los derechos de la personalidad se vendrá influida por la de los derechos fundamentales. Ya no puede mantenerse que el Derecho privado protege únicamente el interés privado debido a que con algunas de sus instituciones también se protege el interés público o general como ocurre con los derechos de la personalidad que buscan cuidar los intereses de cada individuo en el ámbito de su personalidad por cuanto ello es una cuestión del bien público.

También se ha argüido que algunos derechos de la personalidad se han recogido como derechos fundamentales pero no todos de tal manera que no pueden equipararse ambas categorías de forma plena¹³⁴. Sin embargo, el Estado de Derecho se caracteriza, entre otras cosas, por el reconocimiento de la dignidad y la libertad del ser humano de tal manera que todos los derechos fundamentales se basan en la dignidad personal¹³⁵.

Por otra parte, los derechos de la personalidad se caracterizan por ser manifestaciones directas de la personalidad. De esta forma, no es aceptable que en un Estado de Derecho la enumeración de los derechos fundamentales no recoja todos los derechos de la personalidad porque no es cuantificable que los derechos más inherentes a la persona, los de la personalidad, no tengan reconocida la protección máxima del ordenamiento jurídico mediante su elevación a rango fundamental. Todo derecho de la personalidad está incluido en el valor de la dignidad de tal manera que deberán enlancarse los derechos de la personalidad no reconocidos expresamente como fundamentales en otros derechos que sí lo estén. Es decir, se deberá buscar una fórmula para unir el derecho de la personalidad.

Con ello los derechos de la personalidad buscan la protección de la naturaleza humana en el ámbito de las relaciones privadas, presente también su contenido en los

¹³² En esta línea CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; Derecho a la intimidad, Madrid, 1998, p. 122.

¹³³ Respecto a esta cuestión OLIVEROS LAPUERTA, M.V.; op. cit., p. 16

¹³⁴ Discutiremos las dos clases de juristas que defienden diferentes teorías GARCÍA PÉREZ, Carmen; Titulares de los bienes de la personalidad: Legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982, Valencia, 2001 pgs. 32-33 y DE CUPIS, Adriano; “I diritti della personalità”, en CICU-MESSINEO; Trattato di Diritto civile e commerciale IV-1, Milano, 1973, pgs. 25-26.

¹³⁵ En esta línea se pronuncia GARRORENA MORALES, Ángel; El Estado español como Estado social y democrático de derecho, Madrid, 1992, pgs. 165 y ss.

derechos fundamentales y en los derechos humanos, que tienen en las relaciones jurídicas y en el ámbito de vigencia sus trazos de distinción.

1.4.2. El derecho de la personalidad: la dignidad de la persona.

La tarea de distinguir los derechos fundamentales de los derechos de la personalidad produce una nueva indagación, una vez que se aprecia la necesidad de distinguir es porque ciertamente en algunos aspectos pueden asemejarse.

Así que, el valor que ambos regulan es el de la dignidad de la persona, el que impone al menos breve reflexión sobre el que esta expresión significa.

Actualmente se concibe la dignidad desde una doble aceptación: en principio, prevé un derecho individual protector, sea en relación con el Estado, o con las demás personas. Por otro lado, establece un verdadero deber fundamental de tratamiento en condiciones de igualdad sustancial de los individuos. En esta línea, dicho principio se configura, también, por la exigencia del sujeto de respetar la dignidad de sus semejantes, así como se debe acatar la constitución democrática, gracias a la cual está tutelado¹³⁶.

De acuerdo con el anterior se puede deducir que el Estado debe sostener la igualdad de derechos entre todos los seres humanos, porque integran la sociedad; que el Estado debe ofrecer la garantía de independencia y de autonomía al ser humano, de manera que impida toda coacción externa al desarrollo de su personalidad, como también cualquier actuación que implique su degradación; compete al Estado Constitucional conferir protección a los derechos inalienables del ser humano y suministrar los medios fundamentales para el desarrollo de la persona, es decir que ninguna persona viva en condiciones inhumana. Por lo tanto, la dignidad de la persona como base del Estado Social y Democrático de Derecho implica admitir, sin trascendencias o metafísicas, que el individuo es el límite y el fundamento del dominio político del Estado (*homo noumenon*)¹³⁷

Entretanto, la personalidad se desenvuelve en las alteridades que conforman la vida

¹³⁶ La concepción de noción de deber fundamental, en palabras de, se resume en tres principios del Derecho Romano: *honestere vivere* (vivir honestamente), *alterum non laedere* (no perjudicar a nadie) y *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo que le es debido). Esta afirmación constatamos en: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 129.

¹³⁷ Basándonos en estas ideas, creemos posible identificar un substrato material de la dignidad de la persona. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...cit.*, p. 221.

social. En otras palabras, hay derechos “sociales” de la personalidad, entendidos como aquellos que afirman o posibilitan su expansión en la dimensión social, tales como: el derecho a la educación, al trabajo, a la vivienda etc.¹³⁸.

Para el jurista Ingo Wolfgang Sarlet, la primera consideración es que la dignidad de la persona sólo existe en relación a ella misma es individual y determinada. La expresión no se confunde con “dignidad humana”, ésta es relativa a la humanidad y no a la persona. Sarlet además destaca que la Constitución Federal brasileña de 1988 acoge esta distinción en virtud de consagrar el principio de la dignidad de la persona (y no de la humanidad) como principio fundamental en el Art. 1º, inciso III¹³⁹.

La dignidad reside en la propia condición de ser persona. Es el elemento integrante de esa naturaleza, y, por ello, no puede ser concedido a la persona, solamente puede ser reconocido, respetado y protegido.

En este sentido, la dignidad impone un deber de abstención (respeto) por parte del Estado, es un límite a ese poder y, simultáneamente impone al mismo la obligación de realización de tareas, de conductas positivas para efectivamente proteger la dignidad de las personas. Ella es así tanto “un fundamento para limitaciones de los derechos fundamentales (se restringen los derechos en pró de la garantía de la dignidad)”¹⁴⁰.

De esa forma, también el jurista Ingo Wolfgang Sarlet afirma que la normatización de la dignidad de la persona debe englobar respecto y protección a la integridad física y mental del ser humano, garantía de condiciones justas y adecuadas de la vida, como la protección de la persona contra las necesidades del orden material, garantía de isonomía entre todos los seres humanos, garantía de identidad, garantía al derecho de autodeterminación sobre asuntos de la esfera particular, y por último la garantía a un espacio privado¹⁴¹.

¹³⁸ En cuanto la expansión de la personalidad en la dimensión social, sigue: MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação), pgs. 208-209.

¹³⁹ Respecto a esta cuestión SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 102

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang . op. cit., p.106.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang .A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 104. El mismo autor desarrolla una definición que merece ser reproducida, una vez que se detiene en el tema y porque más de una vez la reformuló. Así, él conceptúa la dignidad de la persona como “la calidad intrínseca y distintiva reconocida en cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implica, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguren a la persona tanto contra todo y cualquier acto de origen degradante y deshumano, como vengan a garantizarle las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, más allá de propiciar, promover su participación activa y correspondiente en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respecto a los demás seres que integran la red de la vida”. (Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 73).

El concepto de la dignidad humana está fuertemente relacionado con los conceptos de personalidad y sus derechos. Si la dignidad, como se ha visto, significa ubicar al individuo en el centro del ordenamiento jurídico y, por su parte, los derechos de la personalidad representan los principales instrumentos de expresión de la individualidad, reside, en estas afirmaciones, el fundamento que sostiene la relación directa entre la dignidad del individuo y los derechos de personalidad.¹⁴²

Pese a que la idea de personalidad conduce a la afirmación de que cada ser humano es distinto de los demás, ello no significa que varíe la igualdad sustancial de cada ser. Todo individuo, goza de una personalidad que, al mismo tiempo, proporciona unas características diferentes en a cada uno¹⁴³.

Todo ello demuestra la intrínseca relación que estos derechos tienen con dicho principio ético-jurídico. Es irrefutable argumentar que los derechos de la personalidad, por excelencia, se configuran como los principales instrumentos de la tutela de la individualidad de la persona, y que se identifican, como expresiones concretas de la dignidad. La doctrina moderna argumenta el entendimiento de que la personalidad se ha transformado en un principio o valor jurídico, más que un mero atributo.

Recordamos que Kant, en su obra “Fundamentos de una metafísica de las costumbres”¹⁴⁴, ya usaba la expresión dignidad como sinónimo de personalidad. Esta idea corrobora, actualmente, la tendencia humanista de la interpretación que lleva a la conclusión de que la personalidad no se reduce únicamente a la capacidad de goce¹⁴⁵, sino que es un

¹⁴² No es posible comprender la persona simplemente como un sujeto de una relación jurídica: su dimensión es mas ontológica del que una mera creación del ordenamiento jurídico. ASCENSAO, op. cit., p. 64. Así, esencialmente, lo que destaca la categoría de los derechos de la personalidad es su fundamentación en el respeto y en la protección de la dignidad de la persona, como elemento esencial a la propia existencia del individuo, delante de su evolución histórica.

¹⁴³ Recientemente recoge esta idea ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. León: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1996, p. 28.

¹⁴⁴ Como consecuencia lógica de esta afirmación: KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Santa Fe: El Cid Editor, 2003, passim.

¹⁴⁵ En la década de los sesenta del siglo pasado, Diez elogiaba la teoría del escritor De Cupis, quien afirmaba que “sin dichos derechos, los restantes derechos subjetivos pierden todo interés y llegarían a desaparecer porque, quitados ellos, se destruye la personalidad misma. Integran el núcleo más profundo, más inherente a la personalidad. Se vinculan al ordenamiento positivo como cualquier otro derecho, y precisamente su tónica dominante consiste en la extraordinaria y eficaz presión que vienen ejerciendo sobre aquel ordenamiento positivo”. Veamos en: DIEZ DÍAZ, Joaquín. ¿Derechos de la personalidad o bienes de lel jurista Castan explica las teorías sobre la personalidad jurídica: 1) Para las teorías normativistas, formalistas o puramente jurídicas, la personalidad es una atribución del orden jurídico. Se fijan principalmente en el problema dogmático o de ciencia jurídica positiva: cuando existe una ordenación y cómo se reconoce la persona jurídica. 2) Para los teóricos realistas o *iusnaturalistas*, la personalidad es un atributo esencial del ser humano, inseparable de éste, debido a

requisito para la conformación de la sobrevivencia “moral” de la persona que su dignidad exige. Esto es así porque, como bien recuerda el escritor Pérez Luño, la dignidad humana ha sido en la historia y es en actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona¹⁴⁶.

A través del ejercicio de los derechos de la personalidad, la persona se convierte en protagonista, es decir, se vuelve el centro de las relaciones jurídicas, están en juego sus valores personales que la individualizan, que la destacan del seno social. La dignidad, de este modo, está relacionada con esta idea de personalidad, nadie puede atentar contra la personalidad que vulnera los derechos inviolables e inherentes de otra persona, sin que se afecte, con este mismo acto, su dignidad.

Sin embargo, no se puede afirmar que la tutela de la dignidad de la persona se lleva a cabo sólo a través de los derechos de la personalidad, debido a que la dignidad del individuo emana otros aspectos y los derechos de la personalidad se refieren a algunos de ellos. En realidad, la intención de vincular la personalidad y, consecuentemente, los derechos de la personalidad podríamos concluir que tales derechos desenfundan su fundamento material del aludido principio¹⁴⁷, pues son sus concreciones objetivas¹⁴⁸.

que, como ser racionalmente libre, le corresponde la capacidad de querer obrar para cumplir su fin jurídico. Se preocupan por el problema ético-jurídico y jurídico-ideal, de qué entidades y en qué condiciones debe ser concedida la personalidad jurídica. En la opinión del autor son estas últimas las que permiten, sin el exclusivismo de las formales, enlazar los dos puntos de vista para llegar a conclusiones satisfactorias, para facilitar la solución de los problemas de Derecho positivo, al dar al intérprete la orientación que resulta de la consideración de la dignidad y valor de la condición humana. Podemos analizar esta teoría en: CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo I, vol. II. Reus: Madrid, 1978, p. 116. Afirma el escritor Mota Pinto que la personalidad jurídica significa más que la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y, en general, de relaciones jurídicas. Confirmamos en: PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil, 4ª ed., por Antônio Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto. Coímbra: Coímbra Editora, 2005, p. 100. Bustos afirma que el principio general de respeto a la dignidad humana, art. 10.1 de la C. E., sale más favorecido si se amplían los bienes de la personalidad con la mayor extensión. Es posible proteger tales bienes, no sólo cuando constituyen el objeto de concretos derechos subjetivos y derechos de la personalidad, sino también si se estiman valores cardinales del Ordenamiento. BUSTOS PUECHE, José Enrique. Manual sobre los bienes y derechos de la personalidad. Dykinson, 1997, p. 76

¹⁴⁶ El punto fundamental para destacar es de la comprensión de los derechos de la personalidad es la protección de la dignidad de la persona. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...cit., p. 51.

¹⁴⁷ El autor Herrero-Tejedor en el inicio de su obra presenta que del art. 10.1 de la Constitución Española emana una doble positivación: la primera supone una concreción no sólo del valor primordial de la persona en ordenamiento español, sino también de los derechos que le son inherentes y de la personalidad en cuanto tal, y la segunda es el reconocimiento explícito de los más importantes derechos de la personalidad como son los derechos fundamentales. HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, Intimidad y Propia Imagen. Editorial Colex: Madrid, 1994, p. 20.

¹⁴⁸ En este mismo sentido se pronuncia SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. “La Constitución y relaciones privadas concretas: derecho al honor” en Constitución y relaciones privadas, (dir. Xavier O’Callaghan Muñoz), Cuadernos de Derecho Judicial, XI, 2003, p. 83.

Esta postura está justificada porque los derechos de la personalidad son los esenciales e inherentes a los individuos y se encargan de la protección de su “dignidad moral”. Los derechos de la personalidad, por ello, son inalienables, porque no son susceptibles de alienación y, por tanto, es coherente la afirmación de que el ser humano no es libre para abdicar de tales atributos, debido a que se puede poner en riesgo su propia dignidad. En suma, lo que queremos señalar en este apartado es que la noción de respeto a la esencia, a las características y a los sentimientos de la persona a través de los derechos de la personalidad se traduce en una protección directa de la dignidad de la persona¹⁴⁹.

Entretanto, afirmamos que tales relaciones sustantivas, para una completa comprensión de las abstracciones antes expuestas, se ha de convenir que la dignidad, para existir, no necesita ser reconocida por el ordenamiento jurídico, por ser un valor de la humanidad. Empero, lo cierto es que para un ordenamiento jurídico constitucional sí será un requisito imprescindible de legitimidad democrática el reconocimiento de la dignidad de la persona y de los valores que van unidos a la misma¹⁵⁰.

Por ello, el Estado Social y Democrático de Derecho, además de reconocer formalmente la dignidad humana, debe establecer garantías para que las personas expresen sus individualidades, y sus diferencias. Para ello es incuestionable la idea de que el actual Estado Constitucional de una nación ha de articularse a través de un principio que garantice el derecho a la diferencia de los individuos y que incluya, con vigor y relevancia, los componentes de la dignidad.

En otras palabras, para que efectivamente se pueda ofrecer una tutela estatal a los derechos que expresan la individualidad de las personas, los derechos de la personalidad, y por consiguiente, a la dignidad de la persona, el Estado y la Constitución democrática han de articularse en torno al principio de igualdad y el de no discriminación, para potenciar así el actuar libre y digno del individuo.

¹⁴⁹ Vincula el escritor Pinto, la noción de personalidad jurídica a la idea de dignidad de la persona, que se valoriza con el reconocimiento de una variedad de derechos de la personalidad. PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil...cit.*, p. 100.

¹⁵⁰ En esta línea, ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *La dignidad de la persona...cit.*, p. 29.

1.4.3. La eficacia del principio de la dignidad humana en el ámbito del derecho privado.

El reconocimiento de la dignidad de la persona como fundamento constitucional, tiene un fin a ser atingido, permite que la doctrina admita de forma implícita, en ese sentido existe una omisión constitucional como consagración de un derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁵¹.

En efecto, ha surgido el fenómeno que la doctrina autorizada denomina de “repersonalización” del derecho, que se traduce como en la inserción en la constitución de una materia que antes era exclusiva de los cerrados códigos civiles, y además en la adopción por los ordenamientos jurídicos de los derechos humanos como directrices esenciales del Estado, por lo tanto, su incorporación a la constitución como derechos y garantías fundamentales, dedicados a proteger al individuo.

A su vez, el constitucionalismo brasileño también albergó el principio de la dignidad de la persona. La Constitución de 1988 estableció que el Estado Democrático de Derecho, que en aquel momento se instituía, tiene como fundamento imperativo la dignidad de la persona (art. 1º, III). Es innegable admitir, que las circunstancias sociales y políticas llevaron a la protección de la personalidad del ser humano, y a la consecuente adopción, por las naciones democráticas, de un principio básico enraizado en el Estado Social y Democrático de Derecho: el principio ético-jurídico de la dignidad del individuo.

Desde esta perspectiva, la “repersonalización” del Derecho, como afirmamos anteriormente, se configura dentro del contexto de la teorización de la dignidad, y de la inserción de este principio en el texto constitucional. En efecto, el cambio del fundamento de la Constitución hizo que se valorara de forma más efectiva la adopción de la dignidad como valor o como principio constitucional.

En este sentido también se coincide con la idea de Karl Larenz, que se pronunció, exhortado a pronunciarse sobre la influencia del personalismo ético de Kant en el mundo ideológico de los legisladores del Derecho Privado, reconoce que la condición de persona es la calidad que distingue al ser humano de todos los demás seres vivientes. Admite, aún, que la dignidad personal es una prerrogativa de todo ser humano de ser respetado como persona, de no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo y la salud) y de disfrutar de un ámbito

¹⁵¹ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 103.

existencial propio¹⁵².

De esa forma, ocurre la llamada irradiación de las normas de derechos fundamentales a todo el sistema jurídico¹⁵³. La irradiación del derecho constitucional para los demás ramas del derecho, a primera vista, puede parecer trivial, mas es una construcción históricamente reciente en el estudio del derecho privado, que tradicionalmente asumió un carácter patrimonialista y fundamentó sus dispositivos en la autonomía privada.

También se refiere a la irradiación de las normas constitucionales en cuanto a los derechos fundamentales, esto significa que los derechos no se restringen a penas a la relación Estado/ciudadano, igualmente a las relaciones ciudadano/ciudadano. A este efecto se le dio el nombre de “efecto frente tercero” o de “efecto horizontal de los derechos fundamentales”¹⁵⁴.

Este efecto es relevante para el Tribunal Constitucional Alemán, consagrado en el llamado Caso Lüth (Erich Lüth en 15 de enero de 1958)¹⁵⁵. Entretanto, en Brasil se debe considerar con salvedades, porque el análisis de la Constitución de 1988 verifica que ciertos derechos son comprendidos en el ámbito de la relación entre ciudadano/ciudadano, como los derechos relativos a la intimidad, a la vida privada, a la honra y a la imagen (Art. 5º, X), además son oponibles contra posibles violaciones oriundas de actos de particulares y a la previsión de la libertad de expresión (Art. 5º, IV) está sujeta al derecho de respuesta (Art. 5º, V). Esto permite el entendimiento de su aplicación puede ocurrir en la relación entre particulares¹⁵⁶.

Para la jurista Rosa Nery reconoce ésta relación como eficacia civil de los derechos fundamentales “el fenómeno de las disciplinas del derecho privado respeten los derechos

¹⁵² Asegura la idea: LARENZ, Karl. Derecho Civil, Parte General, (trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías - Picavea). Editorial Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho Reunidas): Madrid, 1978, pgs. 44 -46.

¹⁵³ Según ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 524.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. op. cit., p. 523.

¹⁵⁵ Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, p. 381/382. En las palabras de Virgílio Afonso da SILVA: “En 1950, Erich Lüth, presidente de una asociación de prensa en Hamburgo, en Alemania, en una conferencia en presencia de diversos productores y distribuidores de filmes para cine, defendió un boicoteo a la película Unsterbliche Geliebte (Amantes imortales), del director Veit Harlan, que, en la época del régimen nazista, había dirigido filmes antisemitas y de cuyo fin era propagandístico para el régimen en vigor. Delante de esto, el productor del filme juzgó una acción, considerada procedente por las instancias inferiores, contra Lüth, con el objetivo de exigir indemnización y prohibirlo y de defender tal boicoteo, con base en el § 826 del Código Civil alemán, según el cual “aquel que, de forma contraria a las buenas costumbres, causa perjuicio a otro, queda obligado a indenizarlo”. En virtud del resultado, Lüth recogió al Tribunal Constitucional, que anuló las decisiones inferiores, que sustentaban que ellas herian la libre manifestación del pensamiento de Lüth. Mas la decisión no se fundó en una aplicabilidad directa del derecho a la manifestación del pensamiento al caso concreto, mas en una exigencia de interpretación del propio § 826 del Código Civil alemán, especialmente del concepto de buenas costumbres, según el Tribunal, “toda [disposición de derecho privado] debe ser interpretada bajo la tutela de los derechos fundamentales” (A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 80).

¹⁵⁶ Señala Afonso da SILVA, Virgilio. op. cit., p. 22.

fundamentales insertados en la Constitución y todos los reglamentos que ella adopta, como manera de realización del bien común de producción de efectos jurídicos compatibles con los derechos fundamentales, esenciales a la preservación de la dignidad del ser humano”¹⁵⁷.

El reconocimiento de la superioridad jerárquica del dispositivo constitucional y de que los principios constitucionales irradian en todos los sectores de la orden jurídica, inclusive sobre las situaciones civiles, no significa, por lo tanto, se adoptó la tesis de existencia de un “derecho civil constitucional”¹⁵⁸.

La expresión “derecho civil constitucional” indica la existencia de una sub-rama del derecho constitucional, dentro una nueva rama de derecho civil, y hasta una tercera rama del derecho que conyeba aspectos civiles y constitucionales. Ningún de estas acepciones es aceptable, pues las normas de derecho civil no dejan de tener naturaleza civilista a penas porque pueden, eventualmente, estar presentes en el texto constitucional. Al calificar el derecho civil como “constitucional”, se puede presuponer que hay una parte del derecho civil “no constitucional”, en el sentido de que hay un derecho civil que se encuentra en la Constitución brasileña¹⁵⁹, que también es inaceptable.

La delimitación entre el derecho privado y el derecho constitucional, aunque para muchos es criticada, guarda relevancia, por preservar sus respectivas fuerzas normativas, cabe dentro del derecho privado la tarea de regular las situaciones jurídicas que le son competentes, con base en leyes, que, son producto del proceso legislativo que parte de una legitimidad democrática, creada y autorizada constitucionalmente.

La constitucionalización de todo el ordenamiento debilita el derecho debido a que pierde su fuerza normativa de servir como parámetro de control de la instancia política legislativa (Poder Legislativo) en etapa de las directrices firmadas en el texto constitucional, que compromete su autonomía y el cumplimiento de función¹⁶⁰.

¹⁵⁷ En esta línea afirma NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e teoria geral do direito privado*, p. 280

¹⁵⁸ José Oliveira Ascensão explica la razón y la origen de esta expresión: “(...) foi desenvolvida na Itália a tese da existência de um Direito Civil Constitucional. (...) La tesis tuvo repercusión en Brasil, por medio de juristas de relevo, como Gustavo Tepedino. Habrá una circunstancia que explica esta aceptación de la doctrina italiana. En un caso y en otro, una nueva orden constitucional entraba en choque con un Código Civil que no reflejaba los valores constitucionales, fue elaborado en un régimen político diferente. El Código Civil italiano es de 1942: es un documento notable, fue aprobado en pleno régimen fascista. Algo semejante se realizó en Brasil, en el Código Civil de 2002. *Panorama e perspectivas do direito civil na União Europeia*, in V Jornada de Direito Civil, p. 32.

¹⁵⁹ En este sentido veamos SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 172.

¹⁶⁰ Sobre este tema defiende MARTINS, Leonardo. *Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, in *Cinquenta anos de jurisprudencia do Tribunal Constitucional Federal alemão*, p. 96.

1.5. La naturaleza de los derechos de la personalidad.

El desarrollo de los estudios e investigaciones y de la legislación de los denominados derechos de la personalidad ha caminado por diversos institutos del derecho privado. Los llamados civilistas se habituaron a encontrar en el derecho griego y principalmente en el derecho romano la fuente de sus teorías y la justificación de la evolución de los institutos¹⁶¹. Con todo ello, en el caso de los derechos de la personalidad estos mecanismos de análisis poco acrecente, aunque es posible encontrar sus raíces históricas en los ya citados derechos griego y romano mediante normas de protección a bienes como la vida, el cuerpo, la honra o la libertad, no ha constituido un sistema. Esto se ha dado porque fue necesaria para su sistematización la consolidación de las ideas de derechos innatos, de los derechos fundamentales y de los derechos subjetivos, que florecerán a partir del siglo XVIII.¹⁶²

Otra consideración histórica que tenemos en cuenta es que la protección de los bienes objeto de los derechos de la personalidad se desarrolló primeramente desde el punto de vista del derecho público. Para el jurista Milton Fernandes, aduce que es excepcional el destaque atribuido al tema en el derecho constitucional, penal y administrativo que ha contribuido para que los civilistas considerasen materia de derecho público, pero ignoran su importancia en el ámbito privado, esta es la razón por la cual la comisión legislativa por tanto tiempo ha actuado en los códigos civiles¹⁶³ además por el tardío y todavía insatisfactorio desarrollo doctrinario.

El interés por los derechos de la personalidad es reciente, desde el punto de vista histórico. Por ello, no se justifica la búsqueda de los fundamentos de ese derecho, también por la gran intensidad de situaciones conflictivas que necesitarán de una solución jurídica para proteger los bienes propios de los derechos de la personalidad como resultado de la vida

¹⁶¹ Sobre el interés en la historia de los institutos jurídicos Franz WIEACKAR alerta que sistemas, principios y conceptos tienen en la verdad, poca historia, tales como las leyes de la naturaleza o los principios lógicos. La llamada “evolución” consiste “en mutaciones en la consciencia, en las convicciones y en las reglas de comportamiento de los ‘cuerpos’ históricos de los juristas. Sólo la conexión de la actual dogmática con las anteriores, operada a través de la tradición, provoca la ilusión de que la dogmática tenía una historia”. *História do Direito Privado moderno*, p. 6.

¹⁶² Por su parte CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito geral da personalidade*, p. 91. En el primero capítulo del libro, el autor realiza un amplio estudio sobre la evolución de la tutela de la personalidad que ultrapasa los límites del trabajo por nosotros desarrollado.

¹⁶³ Os Direitos da Personalidade, in *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*, pgs. 135-138. Limongi FRANÇA enseña que el primer diploma normativo en tratar sobre un derecho de la personalidad en el ámbito privado fue la ley romana sobre derecho al nombre, de 18 mar.1895, seguido por el Código Alemán en 1900 y el Código Civil Suizo en 1907, que también trataran de la tutela del derecho al nombre. A penas con el Código Italiano en 1942 que pasó a prevenir la tutela de otros derechos de la personalidad como el propio cuerpo y a la imagen, por ejemplo. (*Direito da Personalidade I*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*: v. 28, *Direito processual/ dissolução de sociedade anônima*, pgs. 142/143).

moderna¹⁶⁴. Ejemplo del fenómeno es el derecho de imagen que, antes del advenimiento de la tecnología de captación de la imagen (conocida hoy como fotografía), prácticamente no era atingida.

El mismo concepto de vida privada sufrió alteraciones importantes a lo largo de la historia, tiene raíces modernas¹⁶⁵ el derecho a la privacidad. En la Antigüedad, al contrario, en la esfera del público significaba la actividad ejercida por el ciudadano libre en el ámbito de la polis (de la ciudad) entre iguales para realizar una acción política (gobernanza), y en la esfera privada significaba que las actividades ejercidas por el hombre para atender las exigencias propias de su condición de animal (comer, dormir, procrear) en el ámbito familiar.

En la era moderna, la distinción de esas esferas de actuación del hombre fue derogada por la idea de que el hombre era un animal social¹⁶⁶. En el término “social” sirve para calificar la actuación humana tanto en la esfera pública como en la esfera privada. En la categoría “social público” es propia de la política, de la creación del Estado, y en la esfera del “social privado” se produce la noción de sociedad. Ora, la sociedad es diferente del individuo. Es esa la raíz de los derechos humanos modernos, una vez que la actividad humana no se realiza más como en la Antigüedad, en el ámbito de la polis (para los ciudadanos) y en ámbito doméstico-familiar: ocurre en el Estado, en la sociedad y con los individuos. Es en ese contexto que surge el derecho de privacidad.

Estas transformaciones de la actividad humana en el ámbito público-político, social-privado e individual, son las que modificarán de forma decisiva las circunstancias sociales, económicas y técnicas de la vida en común de los hombres y mujeres alcanzó el derecho privado, que necesitó, y todavía necesita encontrar mecanismos y metodologías seguras para la solución de los conflictos que afligen a las personas.

Desde perspectiva histórica reciente de transformación es que se desenrolla los derechos de la personalidad. En primer lugar, en razón del surgimiento de situaciones jurídicas propias del nuevo tiempo, y, en segundo lugar, delante de la necesidad de una solución civilista y no a penas penal y sino también constitucional para estos conflictos.

¹⁶⁴ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade, pgs.23 a 28. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, in Sigilo fiscal e bancário, p. 18. Se nota, aunque la afirmación del autor se refiere al derecho a la privacidad.

¹⁶⁵ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. ídem, p. 18.

¹⁶⁶ Hannah ARENDT explica en *A condição humana*, p. 27, que la palabra “social” es de origen romana y no tiene equivalente en la lengua o en el pensamiento griego, la traducción de zoon politikon de Aristóteles como animal sociales En la traducción consagrada por São Tomás de Aquino de que “o homem é, por natureza político, isto é, social” (homo est naturaliter politicus, id est, socialis) revela que la comprensión griega de la política se perdió, donde se transformó profundamente el significado de las esferas públicas y privadas.

Con el intuito de conocer los derechos de la personalidad, los llamados doctrinadores afirman en regla que los derechos son absolutos, extra patrimoniales, originarios, vitalicios, imprescindibles, indisponibles, imprescriptibles, irrenunciables e intransmisibles¹⁶⁷.

1.6. Derechos de la personalidad como derecho subjetivo.

El derecho subjetivo es una abstracción jurídica formulada por la Escuela Pandectística Alemana busca la protección de los derechos patrimoniales, especialmente el derecho de propiedad¹⁶⁸. El maestro portugués, Mota Pinto, argumenta que podemos definir derecho subjetivo como “[...] el poder de exigir o pretender de otra persona un determinado comportamiento positivo (acción) o negativo (abstención u omisión).”¹⁶⁹ Como podemos inferir esta definición, el derecho se contrapone a un deber jurídico (deber de “hacer” o de “no-hacer”).

Entretanto, el derecho subjetivo, del modo como se nos es presentado, implica en la existencia de una relación. No hay derecho subjetivo sino en el ámbito de una relación jurídica, esto significa que debe haber al menos dos sujetos de derecho (sujeto pasivo y sujeto activo), y que debe, también, necesariamente haber un objeto determinado sobre el cual incidirá el derecho subjetivo.

La satisfacción de los bienes personales no se encuadraba, por consiguiente, en el concepto de derecho subjetivo. Se planteó que la vida, la integridad corporal, el honor no constituyen derechos subjetivos de la persona porque precisamente están integrados en la persona misma. Se tratan de bienes personales, de presupuestos jurídicos protegidos por la ley; pero sin que constituyan derechos subjetivos propios. Se razonó y argumentó que era un inconveniente el modo de distinguir el objeto del sujeto, circunstancia que es fundamental

¹⁶⁷ En la realización de este trabajo se optó en no analizar cada una de las características, el derecho de la personalidad no es el objeto principal. Las características propias del derecho de imagen serán analizadas en un ítem propio.

¹⁶⁸ Así lo denomina los derechos de propiedades, DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003, p. 44.

¹⁶⁹ Todavía el mismo autor nos trae esta reflexión: sólo se nos depara un derecho subjetivo cuando el ejercicio del poder jurídico respectivo está dependiente de la voluntad de su titular. El sujeto del derecho subjetivo es libre de ejercerlo o no. Por eso el derecho subjetivo es una manifestación y un medio de actuación de la autonomía privada.” (p. 169). MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoría Geral do Direito Civil. 3. ed. Coímbra: Coímbra, 1996, p. 172.

para la teoría del derecho subjetivo. Se argumentó que el derecho subjetivo tiene por indispensable la separación entre el sujeto que ejerce el poder y el objeto sometido, y que para tal configuración es imprescindible que éste tuviera una verdadera y propia determinada individualidad, hecho que no se tenía presente en la tesis de los derechos de la personalidad¹⁷⁰.

En líneas generales, se puede afirmar que esta teoría se basa en tres pilares. En primer lugar, el derecho subjetivo presupone una distinción nítida entre el sujeto y el objeto, y que cuando se trata de analizar este concepto desde la perspectiva de los derechos de la personalidad, esta distinción no está clara, el que ocasiona una confusión en este supuesto. La tesis de la inclusión de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos consideraría que existe un derecho sobre la propia persona, lo cual era dogmáticamente insostenible.

Por otra parte, sostiene que el contenido de estos derechos sería meramente negativo, es decir, que tales derechos no atribuirían potestad alguna a la persona sobre sus propios valores, sino un mero derecho a la reparación por cualquier lesión que sufriera en este sentido, para el reconocimiento de los derechos de la personalidad no sería necesario calificarlos como derechos subjetivos, sino que bastaría considerarlos como bienes jurídicos dignos de tutela jurídica (*neminem laedere*). Por último, alega esta teoría que es imposible hacer un catálogo o una tipificación de los llamados derechos de la personalidad.

Por otro lado, surgió una posición doctrinal que concebía los derechos de la personalidad en cuantos derechos subjetivos¹⁷¹, se afirmó que el objeto de esa protección era la manifestación de los bienes de la personalidad de la persona. Los derechos de la personalidad se transforman, según su naturaleza y está representada en el interés, en la utilidad o en la satisfacción de tales bienes, lo que no implica que se identifiquen con el sujeto del derecho subjetivo, con la persona titular. Son los derechos de la personalidad realidades más amplias, con manifestaciones y facultades diversas, y no todas ellas estarían tipificadas por el derecho positivo.

Además, en el contenido de los derechos de la personalidad no se configura como

¹⁷⁰ Algunos de los principales argumentos y teóricos pueden ser encontrados en la obra de TUHR, Andreas Von. Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán, (traducido directa del alemán por Tito Ravá; presentación de la edición por Celestino Pardo; prólogo por Tullio Ascarelli). Madrid [etc.] Marcial Pons, 1998, pgs. 151 y ss.

¹⁷¹ Cita el escritor Cifuentes, que son defensores de esta tesis La cruz Berdejo, Sancho Rebullida, Delgado Echevarría, Rivero Hernández, Beltrán de Heredia, Díez-Picazo, Messineo, De Cupis, Ruggiero, Ferrara, Venzi, Coviello, Rotondi, Degni, Gangi, Barrero, Pires de Lima, Antune Varela, Planiol, Ripert, Boulanger, Marty y Raynaud, Erro y Almanza, y Campogrande. Conforme CIFUENTES, op. cit., pgs. 147 y ss.

meramente negativo, debido a que existe un haz de posibilidades a través del cual se articula la facultad de satisfacción de sus intereses y valores más preciados. La dignidad humana implica que a cada ser humano sean atribuidos derechos, por ella justificados e impuestos, que aseguren esta dignidad en la vida social. Dichos derechos, deben representar a un mínimo, para que se cree un espacio en el cual cada uno pueda desarrollar su personalidad¹⁷².

En efecto, esos atributos que la persona ostenta sobre alguna de sus manifestaciones físicas o espirituales, son los que constituyen los bienes¹⁷³ de la personalidad, y el interés jurídico que persigue su protección es los que se denominan derechos de la personalidad¹⁷⁴ dicha, sino sus manifestaciones.

Ahora bien, parece que la doctrina mayoritaria entiende que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos¹⁷⁵. Pero hay otras teorías que defienden que no estamos

¹⁷² En esta línea, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Teoria Geral...cit.*, p. 64.

¹⁷³ Explica Beltrán de Heredia y Castaño, que la vida se presenta como un complejo de estímulos y deseos incesantes, los cuales son, por algo o hacia algo que se necesita. Por eso se denominan necesidades, son dignos para satisfacer una necesidad. Este algo, objeto en suma de la necesidad, es en sentido material, una cosa. Intelectualmente, se toma en consideración en cuanto es y supone un bien, índice de utilidad de la cosa o aptitud de la misma para satisfacer una necesidad. Bien y cosa son, por lo tanto, conceptos distintos, o mejor dicho, aspectos diferentes de un mismo objeto. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, p. 65. Como enseña Gutierrez y Gonzalez, la palabra bien procede etimológicamente del verbo latino *beare*, que significa causar felicidad. El vocablo cosa deriva del término latino *causa* y en un sentido vulgar significa todo objeto que existe en el mundo exterior y se halla fuera de nosotros. Cosa es toda realidad corpórea o incorpórea interior o exterior (órganos internos, el derecho al cadáver) al ser humano, susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea comestible a un titular. En sentido jurídico, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes, con lo cual puede decirse, que las cosas son el género y los bienes la especie. El objeto o cosa debe ser susceptible de satisfacer una necesidad humana, ya sea económica o moral. GUTIERREZ Y GONZALEZ, E. *El Patrimonio. El pecuniario...cit.*, pgs. 50 y ss.

¹⁷⁴ Prefiere De Castro, que se utilice como eje central el concepto de bien jurídico, en sustitución de derecho subjetivo, se entiende la expresión bien, en su más amplio sentido y no como cosa u objeto de carácter puramente patrimonial. Se trata de un tipo de bienes no materiales, precisamente aquellos que se han venido considerando objeto de los derechos de la personalidad, en la línea de las fórmulas “daño moral” y “pretium doloris”. Se contaría así con una serie de bienes personales que originan una obligación legal de abstención universal. DE CASTRO, “Los llamados derechos de la personalidad”...*cit.*, p. 28. A su vez, argumenta Díez Díaz, que los postulados bien jurídicos y derechos subjetivos no se repelen, sino que se complementan: los derechos subjetivos de la personalidad versan o recaen sobre toda la gama de bienes jurídicos personales. Compartimos la opinión del último autor debido a que la sola asunción del concepto de bien jurídico contemplaría el aspecto negativo de dicho derechos pero no reconocería las facultades personales que se exteriorizan y pueden alcanzar una cierto status. DÍEZ DÍAZ, *¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona...cit.*, pgs. 30 y ss.

¹⁷⁵ En este sentido BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.; *op. cit.*, p. 64, DE CUPIS, A.; *op. cit.*, 13-14, LACRUZ BERDEJO, J.L.; *op. cit.*, p. 60, LARENZ, K.; “El derecho general de la personalidad...”, *cit.*, p. 639, PUIG BRUTAU, J.-PUIG FERRIOL, L.; *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Vol. I*, Barcelona, 1979, p. 66, HERRERO-TEJEDOR, Fernando; *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, p. 53 y OLIVEROS LAPUERTA, María Vicenta; “Estudios sobre la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen”, en *Presidencia del Gobierno, Subdirección General de Documentación, Cuadernos de Documentación*, 1980, n° 38, p. 12.

ante un derecho subjetivo sino ante un deber jurídico¹⁷⁶ o ante un bien jurídico de la personalidad¹⁷⁷ o incluso ante otra figura más compleja que el derecho subjetivo: un nuevo modo de situación o de relación jurídica¹⁷⁸.

Como ya hemos mencionado, la categoría de los derechos subjetivos fue pensada para la protección de derechos patrimoniales. Al considerarnos los derechos de la personalidad como parte de los derechos subjetivos, tácitamente estamos en concordancia con que la integridad física, moral e intelectual de las personas debe ser dada a la misma protección que es ofrecida al titular de un derecho de propiedad o de crédito, por ejemplo.

Otra cuestión que lleva esta investigación es el hecho del derecho subjetivo que implica la idea de la relación jurídica. Donde es derecho de la personalidad un derecho subjetivo, tendríamos una relación jurídica en la cual en el polo activo es el titular del derecho de personalidad y, en el polo pasivo es el sujeto pasivo universal. Tal concepción resalta el carácter absoluto de los derechos de la personalidad, pero relega a un segundo plano la indisponibilidad de estos derechos debido al hecho de no demostrar cual es su comportamiento fuera de una relación jurídica.

Además, los derechos subjetivos patrimoniales tienen como titulares a las personas y como objeto los bienes jurídicos externos al sujeto. Los derechos subjetivos de la personalidad, a su vez, tienen como titulares a las personas y como objeto a la propia persona. Tal característica creó un punto muerto que dividió la doctrina por mucho tiempo.¹⁷⁹

No debemos dejar de lado a la personalidad debido a que sin los derechos se quedaría completamente irrealizada, privada de todo su valor concreto, debido a que es una parte intrínseca del ser humano. Son derechos sin los cuales todos los otros derechos subjetivos perderían su interés o efectividad para el individuo, recalamos que son derechos esenciales

¹⁷⁶ En mismo contexto afirma el autor NERSON, Roger; “La protección de la personalidad en el Derecho privado francés”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1961, nº 210, p. 43.

¹⁷⁷ Esta tesis fue defendida en su día por DE CASTRO Y BRAVO, F.; “Los llamados derechos de la personalidad”, Anuario de Derecho Civil, 1959, pgs. 1260 y ss. y después por ROGEL VIDE, Carlos; Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas, Bolonia, 1995, pgs. 38-44 y por GARCÍA PÉREZ, Carmen; Titulares de bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos, Valencia, 2001, pgs. 28-37 quienes sostienen que coexisten los derechos subjetivos de la personalidad y los bienes de la personalidad de tal manera que no todos los bienes de la personalidad son derechos subjetivos pero todos los derechos subjetivos son también bienes de la personalidad.

¹⁷⁸ Por su parte, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; “Notas para la construcción...”, cit., p. 115 y en “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad...”, cit., p. 1261.

¹⁷⁹ Los autores que primeramente los admitirán en la Alemania tuvieron de vencer la oposición de Savigny, que se insurgía contra la existencia de derechos originarios, al considerar falso el principio de un derecho de hombre sobre su persona, el cual conduciría, entre otras consecuencias, la de legitimar el suicidio.” GOMES, op cit., p. 169.

para el desarrollo de todos los demás derechos.

Por ello es coherente la afirmación de que los derechos de la personalidad no deben ser pensados simplemente como subjetivos, entendidos éstos como el poder legalmente conferido a toda persona para defender sus bienes materiales o inmateriales, sino que también son los derechos de la personalidad una fuente y presupuesto de todos los demás derechos subjetivos, porque protegen la raíz en que se basa la esencia de la persona: que es su personalidad¹⁸⁰.

1.7. De la noción de los derechos de la personalidad.

En cuanto a la clasificación, se interesó las doctrinas portuguesa, española y brasileña en establecer un rol de los derechos de la personalidad y los separa en lo que podríamos denominar especies. Cada autor creó su propio método clasificación y reconoció diferentes bienes o situaciones jurídicas propias de los derechos de la personalidad.

Así que, tomamos la clasificación brasileña clásica de Limongi França. El autor entendió que, aunque el trazo común entre los diversos derechos era el de ser todos derechos privados de la personalidad, cada uno de ellos correspondía a aspectos determinados de la personalidad, deben ser agrupados conforme a aspectos similares, que, en su modo de ver, son tres: el aspecto físico, el aspecto intelectual y el aspecto moral. Utilizó los aspectos como criterios y, clasificó los derechos de la personalidad en el derecho a la integridad física, derecho a integridad intelectual y derecho a integridad moral. Se entonde dentro del derecho a la integridad física, el derecho a la vida y al propio cuerpo; para el derecho a la integridad intelectual tubo en cuenta el derecho de autor en campos como el científico, el artístico y el de invención; y por último el derecho a la integridad moral. Sin dejar de lado los derechos, los derechos a la honra, al secreto, a la imagen y a la identidad personal.¹⁸¹

¹⁸⁰ Alega Cifuentes, que “se ha pensado que la personalidad es supuesto previo a los derechos sin caer en la cuenta de que también lo es, con relación al sujeto, de la capacidad y de todo lo jurídico, dado que representa uno de los elementos constitutivos del concepto mismo de persona”. La afirmación del autor es procedente pero no anula la tesis de que deben ser entendidos como previos a los otros derechos”. CIFUENTES, op. cit., pgs. 143-144.

¹⁸¹ Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais, in RT 567, enero de 1983, p. 12-13. El rol de derechos apuntados fue el primero elaborado por el autor, aunque haya mantenido el criterio de la tríple división en los aspectos físicos, intelectual y moral, especificó esto rol y alcanzó el número de 63 derechos (op. cit., p. 14).

Otra clasificación clásica que hemos tenido en cuenta es la propuesta por la jurista Heinrich Hubmann¹⁸², que divide los bienes jurídicos de la personalidad en tres grandes grupos establecidos con base en un criterio de valores. Para adoptarlos como valores el de desear (aspirar) y el de crear, el primer grupo es el de derecho al desarrollo de la personalidad que incluye las libertades en general (libertad de actuar, de reunir, de asociarse, de trabajar, de escoger la profesión, de ir y venir, de pensar, de religión etc.). El segundo grupo lo denominó derecho de la personalidad, y utilizó como criterio de valor el común en los seres humanos en general, como la existencia (derecho a la vida, a su manutención, a la salud, al cuerpo), el espíritu (derecho de autor) a la voluntad, a la vida sentimental, entre otros ítems. El tercer grupo de clasificación, trata de la individualidad del hombre, dividido en tres subgrupos, al cual llamó de esferas: individual, privada y secreta. La esfera individual tutela el hombre en su unicidad, en su modo de ser propio, incluyo, así, el derecho a la identidad, al nombre, a la honra, a la imagen física, a la imagen de vida, a la imagen del carácter, y a la palabra hablada o escrita. La esfera privada busca salvaguardar las relaciones humanas de círculo determinado o limitado de personas. Y por último la esfera secreta que protege acciones, expresiones y pensamientos a los cuales nadie debe tener conocimiento y aquellos que lo poseen tienen el deber, sino jurídico, moral de guardar el secreto.¹⁸³.

Al respeto de las variadas clasificaciones propuestas por la doctrina, el jurista Milton Fernandes reconoce que, a su modo de ver, no posee bases sólidas de apoyo y no producen resultados verdaderamente útiles¹⁸⁴. La función de ellas, asegura, es sólo la de enumerar dichos derechos cuyo elenco es por veces todavía desconocido y los agrupa en especies que poseen algunos punto de contacto.

¹⁸² El autor alemán del libro *Das Persönlichkeitsrecht* (1967) fue estudiado de forma indirecta por los escritos de Rabindranath V. A. Capelo de SOUZA, en *Derechos generales de la personalidad*. La importancia de su propuesta para nuestro trabajo es el de ser fuente para la doctrina nacional en el que se convenció llamar de Teoría de las Esferas y en relación al concepto de desarrollo de la personalidad. En virtud del no acceso al texto original, el presente estudio se limitó a citar la propuesta, sin criticarla o adoptarla.

¹⁸³ Rabindranath V. A. Capelo de SOUZA en *Direitos gerais da personalidade*, p.147-148. A ese respecto, vale citar las palabras de Jacques MARITAIN: “(...) el hombre se encuentra a si mismo, es subordinado al grupo, y el grupo no atinge su finalidad, a pesar de que el hombre tenga secretos que lo separan del grupo”. (*Os direitos do homem e a lei natural*, p. 29).

¹⁸⁴ El autor no solamente hace la crítica como también propone su propia clasificación: a) derecho a la vida y a la integridad física (incluye derecho a la salud y al cuerpo vivo o muerto); b) derecho a la integridad moral (libertad de opinión, de honra, identidad personal –nombre, apellido y seudónimo, imagen y derecho moral del autor; c) derecho a la vida privada (secreto epistolar, profesional o doméstico; inédito escrito no literario; e investigación médica y psicológica no autorizada). Lo curioso de esta clasificación es que el autor observa que la violación al derecho a la imagen es una invasión a la privacidad, mas que no se exaure en ella, por eso prefiere clasificarla en una categoría más amplia, como el derecho a la integridad moral. (*Os Direitos da Personalidade*, in *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*, p. 149).

Para el jurista Walter Moraes, la cantidad y variedad de los derechos de personalidad, la singularidad y la sutileza de muchos de ellos, producen “la sensación ora de algo mucho sofisticado dentro del campo jurídico, ora de una doctrina desorientada o perdida en una dimensión cuyas bases todavía no logró encontrar”¹⁸⁵.

Para encontrar lo que hay de común entre esos derechos, el autor refuta la tesis y la expresiones como “esfera de la propia personalidad”, “derecho de la personalidad como tal”, “modo de ser de la persona” y “emanaciones de la personalidad”, para el autor dichas expresiones son imprecisas y vacantes y por no llevan a distinguir los conceptos de persona y personalidad. Esclarece el autor, que persona es sujeto de derecho; personalidad es aptitud para ser persona; y la utilización del término “personalidad” para componer los llamados derechos de la personalidad no se refiere a la personalidad como tal y a sus características, más bien una utilización analógica del término que son propios de la naturaleza humana.

De esa forma, dicho investigador asegura que el punto en común de esa variedad de derechos guardados debajo del manto de los derechos de la personalidad es que todos se refieren a la existencia del individuo de la especie humana, sea en su materia, cuerpo humano, sea en su psique (anima), considerada en sí misma y también en su esencia (vida), potencias (vegetativa, sensitiva, locomotiva, apetitiva e intelectual) y por último a los actos (potencia realizada)¹⁸⁶.

Dichos componentes de la naturaleza humana se convierten en bienes jurídicos en a la medida que se tornan relevantes en las relaciones intersubjetivas. Así, retomamos el ejemplo de párrafos anteriores, el bien “imagen” es propio de la existencia humana, es la corporificación de la persona, sin ella no hay existencia. Cuando no existió tecnología para captura de la imagen, no había un derecho sobre ella. El surgimiento y desarrollo del derecho de imagen ocurre a penas cuando la imagen pasa a ser objeto de las acciones judiciales.

Lo mismo ocurre con la vida privada o la privacidad. La existencia humana realiza muchos de sus actos en la soledad o en la compañía de pocas personas; los actos humanos privados no atraían interés público, no se hablaba del derecho a la vida privada o del derecho a la privacidad. Estos derechos surgen cuando los sujetos pasan fronteras de las esferas públicas y privadas en los actos humanos¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Concepción Tomista de Persona: un contributo para la teoría del derecho de la personalidad, in AQUINO; Tomas de. *Doutrinas essenciais: Responsabilidade Civil*, v. 1. Teoria Geral, p. 818.

¹⁸⁶ AQUINO, Tomas de, op. cit., p. 827

¹⁸⁷ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, in *Sigilo fiscal e bancário*, p. 18.

En síntesis, cada uno de los componentes humanos puede ser convertido en objeto de derechos subjetivos, denominados, por la mayor parte de la doctrina, en derechos de la personalidad.

La propuesta metodológica del jurista Walter Moraes para la identificación de los objetos de los derechos de la personalidad apunta cuáles objetos de una extensa lista¹⁸⁸, que es propuesta por varios doctrinadores, que deben ser excluidos; en su conocimiento son aquellos que extravasan el límite de la individualidad humana¹⁸⁹.

El rol de los derechos de la personalidad es, por tanto, abierto, de tal modo a permitir que nuevas situaciones que afectan la individualidad humana puedan ser protegidas por ese mecanismo legal. Ser abierto, no significa ser ilimitado, donde todo se es permitido, eso haría que perdiese su fuerza. Existe un criterio para determinar el límite, y ese criterio es reconocer la violación y que esta afecta un bien jurídico perteneciente a la naturaleza humana.

Con todo, es pertinente considerar en este aspecto la posición del jurista Heirinch Hubmann¹⁹⁰, que sitúa la personalidad (en el sentido de “total existencia humana en todos los dominios del vivir”¹⁹¹) en un espacio ético que reúne tres elementos: la dignidad, la individualidad y la personalidad.¹⁹²

La reunión de dichos elementos éticos sostiene el autor da origen a una existencia, a una personalidad, que debe realizarse. Al hombre, como único ser dotado de libertad y razón, le cabe la tarea ética de usar su libertad para construir su personalidad, que representa su propia realización como ser espiritual¹⁹³.

¹⁸⁸ Limongi França incluye entre los derechos de la personalidad los derechos a la alimentación, a la habitación, la educación, al trabajo, al transporte adecuado, a la seguridad física, la protección médica y hospitalaria, al medio ambiente ecológico, entre otros. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais, in RT 567, janeiro de 1983, p. 14.

¹⁸⁹ Así lo establece FRANÇA Limongi, op. cit., p. 835

¹⁹⁰ En este punto el pensamiento del autor del libro Das Persönlichkeitsrecht (1967) es estudiado de forma indirecta por los escritos de Rabindranath V. A. Capelo de SOUZA, en Direitos gerais da personalidade, e de Rosa Maria de Andrade NERY, no Código Civil comentado e na Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. La importancia del pensamiento del jurista Heirinch HUBMANN es el de incluir en los elementos éticos de la personalidad a su realización a través del reconocimiento de la existencia del otro.

¹⁹¹ Rabindranath V. A. Capelo de SOUZA, Direitos gerais da personalidade, nota de rodapé n. 2º, p. 14.

¹⁹² Dignidad humana es la predominancia del hombre en el Universo, en fase de los demás seres, proviene de la estructura espiritual común presente en todos los hombres. Individualidad es la realización de la existencia una y total de cada ser para desempeñar la tarea ética de aspirar a los valores generales de la humanidad y de realizar en si mismo esos valores. Personalidad consiste en la calidad del individuo de afirmar y defender su autonomía con relación a si mismo y hacia otros seres humanos, con el mundo exterior y con los valores éticos. (Rabindranath V. A. Capelo de SOUZA, Op. cit., p. 144, e Rosa Maria de Andrade NERY, Código Civil comentado, comentário do Art. 10, item 13 (Direitos da Humanidade), p. 224.)

¹⁹³ ASCENÇÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e os fundamentos dos direitos humanos, in Revista Mestrado em Direito UNIFIEO, ano 8, nº 2, p. 95. En el mismo sentido es el pensamiento del jurista Hubmann, que enfatiza que cada hombre es la imagen singular de Dios, y cabe en cada uno realizarse para aproximarse a esa imagen ideal, en esa realización se vuelve gradualmente más parecido a si mismo. Rabindranath V. A. Capelo

Cada hombre es una sustancia, un universo completo, sólo se realiza espiritualmente con los otros y para los otros, es un ser que se relaciona¹⁹⁴. Esa relación impone derechos, pero también deberes. Hasta aquí abordamos el reconocimiento de los derechos de la personalidad, ahora es importante abordar los deberes.

La existencia de otros, de varios individuos que poseen tantos derechos, representa un obstáculo sobre a la idea de tener derechos, que buscan una solución con una fórmula tantas veces anunciada: “La libertad de uno termina cuando comienza la libertad del otro”. El jurista Ascençao establece que en esta aceptación el otro queda reducido a desempeñar una función negativa¹⁹⁵, en a realizar un deber general de abstención, aunque, sea el contrapuesto del derecho de la personalidad, no es suficiente, es el argumento de este autor.

Para el jurista Ascençao, la conexión con el otro es de comunión, de tal orden que la realización humana no es egoísta, un abandono al aislamiento social, es una realización que pasa necesariamente por la misma realización del otro, que traen una valoración ética y una responsabilización de cada uno por los fines de la comunidad¹⁹⁶.

El derecho de realizar las potencialidades impone a la persona el deber de ejercer-las en comunión con los otros, se tiene por base la solidaridad. El deber no es una excepción, es una categoría tan normal en cuanto a la del derecho se refiere.

En la opinión del jurista Ascençao, reconoce que los deberes no son anomalías, más si emanaciones venidas de la solidaridad, que permiten un sistema coherente, “que encuadrará la persona como ente que se construye a sí mismo en la prosecución de fines propios, integrado solidariamente en comunidad con otras personas.”¹⁹⁷. Así mismo al lado del reconocimiento de los derechos de la personalidad (propios de la naturaleza humana) se reconozca el deber, también componente de la humanidad, de realización del otro. Dentro de una ética que garantiza condiciones a la posibilitar la vida de todos en igualdad y oportunidad¹⁹⁸.

de SOUZA, Direitos gerais da personalidade, p. 145.

¹⁹⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e os fundamentos dos direitos humanos, in Revista Mestrado em Direito UNIFIEO, ano 8, nº 2, p. 96.

¹⁹⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira op. cit., p. 96.

¹⁹⁶ Seguimos el estudio con ASCENÇÃO, José de Oliveira Op. cit., p. 97.

¹⁹⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos fundamentais e Direito da Personalidade, in Revista de Mestrado em Direito Unifio, ano 6, nº1, p. 167.

¹⁹⁸ En este contexto, defiende NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado, comentário do Art. 10, item 13 (Direitos da Humanidade), p. 224.

1.8. La protección de la personalidad.

1.8.1. Tesis monista, pluralista y mixta.

La teoría monista parte de la base que la defensa de la personalidad debe construirse a través de un único derecho de la personalidad éste es un valor unitario de imposible fraccionamiento en múltiples situaciones jurídicas¹⁹⁹. Dicho planteamiento conyeba a una gran flexibilidad en la defensa de la personalidad en la medida en que en ella tienen cabida todas las posibles manifestaciones de la misma²⁰⁰. Sin embargo, por esa misma razón hay vaguedad en relación a las situaciones jurídicas efectivamente reconocidas o incluidas en tal derecho general lo cual comporta cierta dosis de inseguridad jurídica en la tutela de la personalidad.

La mayor parte de la dicha doctrina defiende la tesis pluralista según la cual la personalidad se protege a partir de una multiplicidad de derechos subjetivos que tienen por objeto manifestaciones de aquélla²⁰¹. Es común en esta tesis partir de la pluralidad de derechos pero también el hacer referencia al valor unitario de la personalidad como origen de los mismos.

Sin duda conlleva esta teoría a una mayor seguridad jurídica en la medida en que está determinada cada una de las parcelas integrantes de la personalidad que merece protección²⁰². Sin embargo, tiene la desventaja de que aquéllos derechos no reconocidos de forma expresa por el ordenamiento jurídico son difícilmente tutelables. De ahí que, especialmente en países

¹⁹⁹ Así PERLINGIERI, P.; *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, pgs. 66-85 y 183-189 donde reconoce que, si bien el derecho de la personalidad es único, es cierto que al ser aquél un valor elástico caben en él diferentes situaciones jurídicas que, aunque plurales, deben enmarcarse en un valor único. También defiende esta teoría BIGLIAZZI GERI, Lina; *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, pgs. 265-270.

²⁰⁰ Destaca esta ventaja CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto; "Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad" en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, pgs. 104-105.

²⁰¹ STANZIONE, P.; *Capacità e minore età...cit.*, pgs. 90 y ss, DE CUPIS, A.; *I diritti della personalità*, Vol. I en CICU, Antonio-MESSINEO, Francesco; *Trattato di diritto civile e commerciale*, Tomo IV-1, Milano, 1973, pgs. 28-33, LÓPEZ JACOISTE, José Javier; "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pgs. 1067-1075 y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José; *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad. Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1976, p. 29.

²⁰² Así, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *op. cit.*, p. 105

que han sufridos períodos políticos de totalitarismo y tras la segunda guerra mundial, se buscaron fórmulas alternativas que evitarían este problema²⁰³.

Con todo, podemos deducir el que fruto de ello son las teorías mixtas que, junto a la aceptación de la existencia de una pluralidad de derechos de la personalidad en el ordenamiento jurídico, defiende la existencia de un derecho general a la personalidad²⁰⁴. Principal manifestación y argumento de esta tesis que además la encontramos en el derecho alemán. Así, el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn establece el deber incondicional de proteger y respetar la dignidad humana y el art. 2.1 del mismo cuerpo normativo reconoce el derecho que toda persona tiene al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o a la ley moral. Esto llevó a la jurisprudencia alemana a reconocer un derecho general de la personalidad²⁰⁵.

Sin embargo, de una forma paralela y simultánea a tal derecho general se recogen en el ordenamiento jurídico brasileño una pluralidad de derechos especiales de la personalidad²⁰⁶. También sucede así en el ordenamiento jurídico portugués en el art. 70 del CC que, bajo la rúbrica “tutela geral da personalidade”, dice que “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral” para recoger después derechos concretos de la personalidad como el derecho al honor (art. 71 CC), derecho al nombre (arts. 72 a 74 CC), derecho a la intimidad (arts. 75,76, 77, 78, 80 CC) y derecho a la imagen (art. 79 CC).

Esta tesis también busca amparar aquellas parcelas o manifestaciones de la personalidad, que no reciben protección expresa del ordenamiento jurídico porque en él no

²⁰³ LARENZ, Karl; “El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana”, en Revista de Derecho Privado, 1963, pgs. 639-641 explica como en Alemania la existencia de una regulación escasa e incompleta de derechos de la personalidad y la reacción contra la barbarie que supuso la segunda guerra mundial en el menosprecio de los valores humanos, hacen aparecer voces que reclaman un derecho general de la personalidad.

²⁰⁴ LARENZ, Karl; Tratado de Derecho Civil. Parte General (Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picarea), Jaén, 1978, pgs. 97-98 y 160-165. Entre nuestra doctrina parece defender esta tesis CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; op. cit., p. 105.

²⁰⁵ LARENZ, K.; Tratado..., cit., p. 97 y en especial “El derecho general de la personalidad...”, cit., pgs. 644-645 donde afirma: “La inclusión del derecho general de la personalidad en la práctica jurídica alemana a través del Tribunal Supremo Federal se manifiesta más bien como un acto que manifiesta creación judicial del Derecho, que solamente puede hallar su justificación en un principio estático jurídico declarado con especial intensidad en la Ley Fundamental o Constitución Federal, en virtud del cual se ordena la protección de la dignidad e intangibilidad moral de la persona”.

²⁰⁶ Así, el art. 12 del BGB reconoce el derecho al nombre, el art. 4 de la Ley Fundamental reconoce la libertad de creencia, de conciencia y de confesión, el art. 5 de la Ley Fundamental la libertad de opinión, el art. 8 de la misma norma la libertad de reunión.

existe un derecho específico en tal sentido, no quedan desprotegidas pues encuentran tutela a través de su inclusión en el derecho general de la personalidad. También supera la vaguedad que supone la existencia de un único derecho de la personalidad en la medida en que éste se concreta en una pluralidad de derechos.

Por otro lado, resaltemos que esta investigación, también presenta una desventaja. En efecto, implica que la personalidad sólo puede ser defendida desde el punto de vista del derecho subjetivo. Ello plantea dos cuestiones, a saber: la primera, indagar si efectivamente los derechos de la personalidad son derechos subjetivos u de otra figura. La segunda, cuestión si, aceptada la calificación como derecho subjetivo, esta categoría garantiza plenamente la tutela de la personalidad o es conveniente acudir a otras figuras.

1.9. De la denominación “derecho de la personalidad”.

Para el jurista Walter Moraes, la denominación derecho de personalidad, asimilada por la doctrina, no objetiva la personalidad ni los bienes que la integren. El término “personalidad” es utilizado de modo analógico para designar realidades diversas²⁰⁷.

Explica el autor que personalidad se refiere al “sujeto”, en cuanto derechos de la personalidad como “objeto” se refieren a la naturaleza humana. Recoge el concepto de bien en el sentido de la ética²⁰⁸, afirma que “ciencia del fin para el cual la conducta de los hombres debe ser orientada y de los medios para atingir tal fin, para deducir tanto el fin cuanto los medios de la naturaleza del hombre²⁰⁹”. El bien es, por lo tanto, el fin a que el hombre tiende para la satisfacción de una necesidad o de un deseo.

En dicha acepción, bienes éticos son aquellos a los cuales el hombre no puede dejar de poseer. En otras palabras: “(...) se constituyen en bienes, para un sujeto, las substancias, esenciales, potencias, actos y propiedades que integran su compuesto natural, por la suficiente razón de carecer de ellas el hombre, como es evidente²¹⁰. En suma, los bienes que constituyen el objeto de los derechos de personalidad, son parte integrante del hombre “in natura”.

²⁰⁷ MORAES, Walter. *Concepção Tomista de Pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade*, in *Doutrinas essenciais: Responsabilidade Civil*, v. 1. Teoria Geral, p. 835.

²⁰⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, verbete Bem, p. 123.

²⁰⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, verbete Ética, p. 443.

²¹⁰ MORAES, Walte. *op. cit.*, p. 834.

Estos componentes de la naturaleza humana (substancias, esencias, potenciales, actos y propiedad) se convierten en objeto de derecho para la persona, para tener presente que se tornan relevantes motivos de relaciones intersubjetivas. A cualquier de esos bienes éticos puede ser conferida una protección específica, por medio de la orden jurídica; cualquier de ellos puede ser reconocido como objeto de derechos subjetivos.

De esa forma, el jurista Walter Moraes entiende que el objeto de los derechos de la personalidad debe encontrar su límite en la individualidad humana. Más aun él no enumere taxativamente, considera como tales bienes: el cuerpo/salud (sustancia), a psique/integridad psíquica (sustancia), la vida (esencia de la psique), la obra dita del espíritu (acto de potencia intelectual), la imagen (propiedad del cuerpo), la condición de familia (propiedad de la potencia generativa), la libertad (propiedad de la anima/potencia intelectual), la dignidad (propiedad de la anima/potencia intelectual), la intimidad/incomunicabilidad ontológica y la identidad/verdad personal/nombre que son propiedades de todo ser humano²¹¹.

Se debe observar que el término propiedad no se utiliza aquí en el sentido jurídico, que permite sea el bien adquirido y alienado por los modos comunes del derecho, mas si en el sentido del ser el que es propio e inherente al ser humano.

Es de resaltar el análisis desarrollado por el jurista Walter Moraes. En el Código Civil brasileño de 2002, los derechos de la personalidad están previstos del Art. 11 al Art. 21 y tratan de derecho al propio cuerpo (integridad física), la honra, la imagen, la privacidad, al nombre (la identidad personal) y al derecho de autor, y, todavía que ese rol no sea taxativo, es posible observar que todos los bienes protegidos son componentes de la naturaleza humana y no de la persona.

Reconoce que la naturaleza humana es una unidad compuesta de espíritu y materia (ánima y cuerpo), la ofensa al llamado derechos de la personalidad consiste en la quiebra de esa unidad, de modo que la ofensa, la violación, no atinge a la personalidad jurídica en el sentido de que es el atributo que se haces del ente sujeto de derecho, mas si a la naturaleza humana de esa persona.

Por esa razón, la jurista Rosa Nery critica el uso de la expresión consagrada “derecho de la personalidad”, el término confunde dos conceptos, el de persona (ente con personalidad) y el de naturaleza humana (esenciales y potencias de la humanidad del ser). Y la autora igualmente afirma que, como los derechos de la personalidad se refieren a la naturaleza del

²¹¹ Idem, ibidem.

hombre (humanitas= humanidad), esto es, su humanidad, y no exactamente la personalidad, la denominación mas técnica debería ser “derecho de humanidad”²¹².

La jurista Rosa Nery resalta todavía que el legislador podría hacer un tratado de los derechos de la personalidad en la parte especial del Código Civil, en libro propio, como ha hecho con las obligaciones, de empresa, familia y sucesiones, debido a que no se trata de sujeto (persona/personalidad), más de derecho, de objeto²¹³. Del mismo rigor técnico es el entendimiento del jurista Limongi França, aunque se refiera al Código Civil brasileño de 1916²¹⁴.

1.10. Derechos de la personalidad relacionados con el derecho a la propia imagen.

El derecho a la propia imagen presenta ciertas afinidades con otros derechos de orden personalísima.²¹⁵ Importantes escuelas del derecho inserirán el derecho a la propia imagen en el ámbito del derecho a la intimidad, y encuentran seguidores hasta nuestros días. Se firmaran en ese sentido las tesis de jurisprudencias y doctrinarias de la escuela francesa, donde vale citar el dicto por Royer-Collard en 1819: *"La vida privada debe ser murada contra la indiscreción ajena"*, y también parte de la doctrina italiana, como Adriano de Cupis, en su *Derecho de la personalidad*, que define derecho a la propia imagen como *"derecho al no conocimiento ajeno de la imagen del sujeto"*. La doctrina del sistema anglo-americano también adopto esa posición, con base en el entendimiento constitucional americano de que *"el lar del hombre es el su castillo"*. Según la jurisprudencia americana, lar tiene el significado más amplio posible, que incluye en él la protección jurídica de la imagen, donde

²¹² NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*, p.143 y también NERY, Nelson Jr y NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*, comentario del Art. 10, ítem 9: *Direito de personalidade. Direito de humanidade*, p. 223.

²¹³ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*, p. 272.

²¹⁴ Afirma el autor en el MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade II*. In.: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 28. São Paulo: Saraiva, 1977. (direito processual – dissolução de sociedade anônima), p. 141: “A nuestro ver, la materia debe ser insertada en la Parte Especial, antes del Libro ‘Dos derechos de familia’, juntamente con los institutos de protección a la personalidad, a saber la tutela, la curatela, y bajo ciertos aspectos, la adopción, la legitimación adoptiva y la afiliación (instituto este del derecho italiano)” (grifo nuestro). Resalte-se que, además de comprender que el objeto de los derechos de la personalidad no se confunden exactamente con personas (utiliza la idea de “aspectos de la propia persona”), el autor incluye otros institutos que originariamente pertenecen al derecho de familia, que poseen intrínseca relación con la naturaleza humana.

²¹⁵ Cfr. Bittar, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 4ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2000, p. 93.

cualquier intromisión en el lar de un individuo es indebida.

Más, en la medida que se desarrollan los medios de fijación de la imagen y con las diversas maneras de que se hace uso de la imagen en los días de hoy, este posicionamiento comienza a quedar insuficiente. Escribió Antônio Chaves a respecto: *"no se puede impedir que otros conozcan nuestra imagen, y si que se use contra nuestra voluntad, en los casos expresamente previstos en la ley"*²¹⁶.

Así, para que la tutela jurídica de la imagen no tenga imperfecciones, el derecho a la imagen no debe ser analizado a través del derecho a la intimidad. Podemos citar, como ejemplo, una persona que permite que su fotografía sea expuesta, sin embargo se puede vedar la utilización con fines de lucro o alguna ventaja económica. Esta es una situación donde, claramente, el bien tutelado es la propia imagen, y no la intimidad. Sirve de ejemplo también, la re-publicación desautorizada de una fotografía ya antes publicada, donde la segunda publicación lesiona el derecho a la imagen, más no el derecho a la intimidad, pues esta ya fue expuesta anteriormente, con el consentimiento del titular del derecho. Estos es casos donde la teoría de la intimidad no es capaz de explicar la tutela.

Lo mismo sucede con relación al derecho a la honra, en la cual muchos teóricos concluyen que dentro de este derecho se encontraba la imagen, y que al lesionar la imagen, se lesiona la honra. Y esta posición sirvió de base para que los tribunales alemanes, franceses y norte-americanos justificasen la protección de la imagen. Sin embargo, es preciso reconocer que la imagen puede ser lesionada en la situación en que la honra es dejada de lado, lo que causaría, así mismo, la violación de la imagen.

Hay todavía un grupo que entiende que la imagen es un resultado lógico del derecho a la identidad. Entretanto, esa teoría puede ser revatida, por ejemplo, un modelo permite la reproducción de su imagen, que es repetida por una empresa no autorizada a hacerla, la violación de la imagen, más no es por la identidad, ya que la persona retratada es fácilmente identificada.

Se concluye, por lo tanto, que es innegable que el derecho a la imagen personal se relaciona con el derecho a la intimidad, bien como con el derecho a la identidad y a la honra, y no esta así localizados en el contexto de un de estos derechos, hay diversas situaciones en que ocurre la violación del derecho a la imagen, más no lesiona otros derechos de la

²¹⁶ Recoge esta idea CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. Revista da faculdade de direito da USP, 1972, p. 67.

personalidad. La imagen también adquirió una importancia tan grande en nuestros días, trae una cantidad enorme de cuestiones y peculiaridades para el mundo jurídico, que lleva una vez mas a la conclusión que el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo.

1.11. Conclusión.

En el complejo de relaciones ínter-subjetivas, la dignidad de la persona es la piedra angular que sirve de referencia a los ordenamientos jurídicos, base en que se apoya el catálogo de garantías fundamentales del hombre, el que decoro de su propia naturaleza deliberada: la persona es un fin en sí misma, y de eso resulta su dignidad.

En este siglo XXI, la sucesión de los progresos tecnológicos, las mutaciones continuas derivadas de la globalización del desarrollo de nuevas tecnologías y de la masificación, han tinido (o revelado) nuevas realidades sociales, difusas y complejas, acentuadamente dirigidas a un pluralismo cultural y político, para al principio de la dignidad de la persona, es lo que exige de los ordenamientos jurídicos contemporáneos abertura suficiente a la comprensión de la magnitud de su dimensión.

En Brasil, la inadecuada comprensión del principio de la dignidad humana como epicentro de la estructura jurídica jerarquizada a partir de la Constitución de 1988, que lo consagra ya en su artículo primero, tiene propiciado la edición de normas insuficientes o inadecuadas para la efectiva protección de los derechos sociales y de la ciudadanía.

El derecho a la propia imagen engloba todas las características comunes a los derechos de la personalidad. Se destaca, por lo tanto, de las demás, por el aspecto de disponibilidad, que, con respecto a ese derecho, asume dimensiones de relevo, en función de la práctica consagrada de uso de la imagen humana en la publicidad.²¹⁷

El desarrollo de la sociedad y de la tecnología hace surgir un nuevo concepto de la imagen, diferente de aquella inicialmente protegida. La imagen del conjunto de caracteres físicos de las personas identificables, deja de ser el único bien protegido. Surge un concepto de "imagen social", como un conjunto de característicos sociales del individuo que lo

²¹⁷ Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 4ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2000, p. 90.

caracteriza socialmente.

La protección de la imagen se tornó recientemente preocupante para los juristas, debido al desarrollo tecnológico, quien tanga la captación de la imagen y, quiera la reproducción puede acarrear una gran amenaza a la imagen del individuo.

La amenaza de la violación de la imagen por la tecnología he hecho con que esta recibiese, además del Derecho Civil, la protección constitucional, en el principio, debido de la vida y, posteriormente, como bien autónomo, la intimidad y la honra son insuficientes para englobar todos los casos de lesión de la imagen. La Constitución Brasileña de 1988, al expresar el resguardo a la propia imagen de forma explícita, sólo viene a consolidar la serie de decisiones jurisprudenciales, que han objetivado a defender el derecho a la propia imagen, para dar todavía la característica de cláusula pétrea. A pesar de ello, ni todo está transcrito en las leyes, debido a que las mudanzas de estas no acampanan a continua evolución tecnológica, y, por lo tanto, no es posible incluir en todos los nuevos casos.

En Brasil, la Constitución Federal de 1988 especializa algunos de los derechos de la personalidad en su art. 5º, el que puede dar al intérprete desatento la falsa impresión de tipificación exasperante.

Tal impresión es acentuada por la timidez y por el casualismo con que el tema fue tratado por el legislador infra constitucional al editar el Código Civil Brasileño, que se limita a resaltar algunas de las características de aquel plexo de derechos y a preveer la tutela inhibitoria contra la amenaza o lesión contra daños a los mismos. Es importante que se verifique también que el Proyecto del Código Civil brasileño trata del derecho a la imagen de forma más expresa y determinada que el actual.

Por prestarse a atender un número indeterminado de personas y envolver asuntos de intereses públicos o asuntos de interés privado con expresión colectiva, tal instrumento consiste hoy en un interés difuso, indispensable a la integralización de la dignidad de la persona, y como tal debe ser tutelado.

La protección de los derechos de la personalidad se asentúa en el principio de la libertad, requisito inamovible de la protección al valor absoluto de la dignidad de la persona, el que exige tutela jurídica resistente, que permita su restauración integral siempre que sea amenazada o violada en su esencia, y siempre abierta a las nuevas confrontaciones del tejido social y jurídico. Por eso, hay colisión entre los dos derechos de la personalidad aquí

enfocado y el del derecho a la propia imagen, a la ponderación de esas garantías fundamentales del ser social que debe llevarse con consideración, en el caso in concreto, y es la quien mejor puede atender la tutela de la dignidad de la persona.

CAPÍTULO 2

LA IMAGEN COMO BIEN PARA EL DERECHO

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 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, 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 visual 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, debido a su carácter visual-sensitivo la sitúa en la cúspide de la información contemporánea, configurándose, en un verdadero mercado de las imágenes. Por ello la afirmación de que “una imagen puede valer más que mil palabras” se ha vuelto 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 una sociedad cada vez más informatizada en el 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.

Dada la importancia paulatina que la imagen ha adquirido en nuestros días, nuestro propósito en ese segundo capítulo 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 los países de Portugal, España y Brasil, estados pioneros en establecer expresamente que el derecho a propia imagen es un derecho fundamental²¹⁸. Para tal labor, escribimos una breve síntesis histórica de su construcción jurídica, formulamos un concepto inicial de ese derecho, y después analizamos, de un modo somero, su configuración en la doctrina jurídica de los países de la península ibérica y de Brasil.

²¹⁸ Junto a la Constitución Peruana de 1979 (y la de 1993).

Introducción

El derecho de la imagen es un derecho subjetivo exigible frente a todos, poderes particulares y públicos, que otorga a su titular la facultad de decidir todo lo relativo a la captación, reproducción o publicación de su imagen. El derecho a la propia imagen sirve, por supuesto, como mecanismo de protección al honor y la intimidad, pero tiene un contenido específico, que desborda el ámbito estricto del derecho al honor, y que sólo en un sentido absolutamente abierto puede ser considerado como parte integrante de la intimidad.²¹⁹

Una vez observado en el capítulo anterior los principios conformadores de la construcción jurídica de los derechos de la personalidad, en éste se abordará el derecho singular que es objeto de la presente investigación: el derecho a la propia imagen y la historia de la protección jurídica de la imagen. Es oportuno advertir, no obstante, que las líneas históricas generales de dicho derecho ya fueron esbozadas en lo esencial, como es lógico, cuando nos hemos referido a los antecedentes de los derechos de la personalidad. Centraremos ahora en la evolución histórico-jurídica particular del derecho a la propia imagen, para examinar algunos puntos que creemos relevantes, para describir las nociones básicas de tal derecho. El marco descriptivo de su configuración jurídica es una fase de la cual no se puede prescindir, para así enmarcar las consideraciones que siguen. Además, analizaremos también las teorías que intentan subsumir o confundir el derecho a la propia imagen con otros bienes jurídicamente protegidos, para estudiar, por último, los límites inmanentes de este derecho.

Con todo, y a pesar de esa proliferación normativa, conviene poner de relieve que existen todavía cuestiones, entre ellas por ejemplo el tratamiento autorizado de imágenes, de las cuales no se ha ocupado de forma expresa el legislador y que demandan con urgencia la dotación de un marco jurídico adecuado²²⁰. A ésta y a otras cuestiones nos referiremos en la medida en que surjan al estudiar las peculiaridades de la responsabilidad civil en este ámbito.

²¹⁹ En este sentido, PASCUAL MEDRANO, Amelia. El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites, Editorial Thomson Aranzandi, Colección Divulgación Jurídica, 2003, p. 24.

²²⁰ En efecto, a pesar de su plasmación en el Derecho positivo, todavía tienen sentido las palabras de Ricca-Barberis escritas a principio del presente siglo. Concretamente en relación al controvertido nacimiento del

Vimos en el primero capítulo que el derecho a la imagen, como la mayoría de los derechos de la personalidad y la propia categoría, tanto en España como en Portugal y Brasil, no es un derecho ajeno a la polémica²²¹. Como recuerda el jurista Marc Carillo²²², algunos autores entienden que la imagen es parte del derecho al honor de las personas; otros, especialmente los franceses²²³ y la doctrina anglosajona (y alguna sentencia del Tribunal Constitucional)²²⁴, lo configuran o lo diluyen como un elemento del derecho a la intimidad²²⁵, de manera que un uso indebido o ilícito de la imagen ajena se traduce ineludiblemente como una lesión del derecho a la intimidad²²⁶, lo cual no deja de ser curioso porque posiblemente lo más alejado a la intimidad sea la imagen, la cual casi por definición es exteriorización y manifestación.

derecho “a la propia figura” nos decía “Così vuele senza dubbio l'esatta intuizione delle leggi che governano la formazione del dititto. Dal momento che non si tratta dell'opera di un ingegno umano, per quanto potente possa ipsis dictantibus el necessitate exigente. Giustamente quindi il KEYSSNER afferma, che, soltanto quando dalla complessità dei casi il diritto sia in tutto e per tutto desunto, la legislazione adempirà il suo compito designando l'atteggiamento del nuevo istituto”. RICCA-BARBERIS, M., *II diritto alla propria figura*. Riv. Dir. Com., vol. I, Parte 1.º, 1903, p. 201.

²²¹ Recientemente recogen esta teoría, SALVADOR CODERCH, P. *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, p. 317, en concreto, en la misma obra IGARTUA ARREGUI, F., *El derecho a la imagen en la jurisprudencia española*; AMAT LLARI, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid, 1992, *passim*. ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *El derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997; ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987; HIGUERAS, I., *Valor comercial de la imagen: aportaciones del “right of publicity” estadounidense al derecho a la propia imagen*, Navarra, 2001; AUGER LIÑÁN, C., “La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXXV, Madrid, 1993, pgs. 87 y ss.; CARRILLO, M., “El derecho a la propia imagen del art. 18-1 de la C.E.”, en *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Judicial, XXXV, Madrid, 1993, p. 65 y ss.; ROVIRA SUERIO, M.ª E., *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, 1999; HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª ed., Madrid, 1994; AZURMENDI, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, 1997; CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, 1995.

²²² Cfr. CARRILLO, M., “El derecho a la propia imagen del art. 18-1 de la C.E.”...cit., p. 72.

²²³ Como se sabe, el Código Civil francés no regula el derecho a la imagen, sino sólo a la intimidad en el art. 9. Un sector doctrinal, sin embargo, se muestra partidario del reconocimiento autónomo del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad. Así, CARBONNIER, J., *Droit civil. 1/Les personnes. Personnalité, Incapacités, Personnes morales*, 21ª ed. refundida para *Les Personnes* y 17ª ed. refundida para *Les Incapacités*, Paris, 2000, p. 148, CORNU, G., *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 11ª ed., Paris, 2003, pgs. 248-249; SERNA, M.: *L'image des personnes physiques et des biens*, Paris, 1997, pgs. 89 y ss., TERRE F.Y FENOUILLET, D., *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 7ª ed., Paris, 2005, pgs. 119-120; TEYSSIE, B., *Droit civil. Les personnes*, 8ª ed., Paris, 2003, pgs. 70 y ss. En contra, se manifiestan BIGOT, CH., “Nota a la Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación, de 13 enero de 1998”, D 1999, pgs. 167 y ss.; DREYER, E., “Pitié pour le Code civil (Au sujet d'une proposition de loi ‘visant à donner un cadre juridique au droit à l'image et à concilier ce dernier avec la liberté d'expression’”, PA 6 marzo 2004, pgs. 3-4 ; SAINT-PAU, J.CH., “L'article 9 du code civil: matrice des droits de la personnalité”, D 1999, pgs. 541-544.

²²⁴ Como la STC 170/87, de 30 de octubre, que parece diluir la propia imagen en la intimidad personal.

²²⁵ El artículo 35-3 y 5 Código Civil de Québec considera la captación o utilización de la imagen de una persona como un atentado a la vida privada de la persona, si se encuentra en lugares privados o si dicha utilización obedece a un fin totalmente distinto a la información legítima del público.

²²⁶ En general, puede verse LINDON, R., *Les droits de la personnalité*, Paris, 1974; NOVOA MONREAL, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, México, 1979.

El derecho a la propia imagen es un derecho fundamental de la personalidad de los llamados como autodeterminación personal. Deriva de la dignidad, es inherente a la persona, protege la dimensión moral del hombre y le abona para que pueda reservar ciertos atributos propios, pero no íntimos, que son necesarios para identificarse, para individualizarse, para mantener una calidad mínima de vida y para desarrollar su personalidad en sociedad sin injerencias externas.²²⁷

El derecho a la propia imagen, puede definirse, desde un punto de vista positivo, como "la facultad que el ordenamiento jurídico concede a la persona para decidir cuándo, por quién y de qué forma pueden ser captados, reproducidos o publicados sus rasgos fisonómicos reconocibles, así como su voz o su nombre."²²⁸

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. 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 infra constitucional.

Por lo tanto, analizaremos la teoría defendida por el jurista Fachin, al conceptuar en tres fases la evolución del derecho a la propia imagen: a) no se admite la existencia del derecho a la propia imagen (teoría negativista); b) se reconoce la existencia, más como reflejo de otro instituto jurídico y c) se reconoce como derecho autónomo, desvinculado de cualquier instituto jurídico.²²⁹

²²⁷ En este sentido discrepamos de BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. "Personas y derechos de la personalidad", Madrid, España, Reus, 2010.

²²⁸ Todo lo cual nos lleva a compartir las opiniones de los dos juristas; AZURMENDI ADARRAGA, A., "El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información", Editorial Civitas, Madrid, 1997; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. "Derecho a la Intimidad", Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 1998 y TOBÓN, Franco Natalia. "Libertad de expresión y derecho de autor. Guía legal para periodistas", Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, Colegio mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2009.

²²⁹ FACHIN, Zulmar Antônio. A Proteção Jurídica da Imagem. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, pgs. 61/62, 63/64, 65.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 127/2003, de 30 de junio, se entiende que el derecho a la propia imagen "en su dimensión constitucional, se configura como un derecho a la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos, que le hagan reconocible que pueda ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado.

En España, el derecho de la imagen protegido tradicionalmente al amparo de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a los artículos 1902 y concordantes del Código Civil goza en el presente de la protección del más alto nivel derivada de su expreso reconocimiento constitucional. En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen proclamado 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 personales que pueden tener difusión pública.²³⁰ La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad informativa, comercial, científica, cultural, etc. perseguida por quien la capta o difunde (SSCT 81/2001, de 26 de marzo, FJ2; 139/2001, 18 de junio, FJ4; 83/2002, de 22 de abril, FJ4).²³¹

Por tanto, partimos de una cuestión de determinación de la autonomía de un derecho (de la personalidad y fundamental) y de una indefinición legal del mismo que, sin embargo, es regulado con nombre jurídico propio y autónomo, no sólo en el art. 18-1 de la Constitución Española sino también en la Ley Orgánica española que desarrolla el citado precepto constitucional y ha sido reiteradamente definido por las diversas sentencias del Tribunal Constitucional español que se han ocupado del derecho a la propia imagen. Así, podemos

²³⁰ El precedente inmediato de este art. 18 es el art. 26 de la Constitución Portuguesa establece: "A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contraria à dignidade humana, de informação relativas às pessoas e famílias. (...)."

²³¹ Cfr. CABALLERO GEA, José Alfredo. "Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, Derecho de Rectificación, Calumnia e Injuria: síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y fiscalía general del estado", España, Editorial Dykinson, 2007.

decir que el derecho a la imagen goza, en ordenamiento jurídico español de una triple autonomía: autonomía nominal, pues tiene *nomen iuris* propio, autonomía conceptual y de contenido, como deriva de las sentencias del Tribunal Supremo español y del Tribunal Constitucional español, y autonomía legal, no sólo se recoge expresamente en el art. 18-1 C. E., sino que también se regula con la singularidad que le es propia en la Ley Orgánica española 1/1982, de 5 de mayo.

El año de 2003 fue de gran importancia para Brasil, entró en vigor el Nuevo Código Civil y con él la inclusión en su texto del derecho de la personalidad, para seguir una fórmula antes presentada por el Código Civil italiano y portugués, con la valoración de la persona y sus conquistas.²³² Así, el objeto de investigación de ese capítulo está centrado en estudiar los derechos de la imagen inseridos en el Nuevo Código Civil, su estructura y tutela jurídica.

El derecho a la propia imagen, por su parte, significa que para hacer pública la representación gráfica de cualquier persona, mediante cualquier procedimiento técnico de reproducción, es necesario contar con su consentimiento.²³³

El estudio metodológico utilizar, todavía, recurso del derecho comparado, en vista del avanzado estudio del derecho de la imagen en las doctrinas portuguesa, española y brasileña.

²³² Como ha puesto, CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de direito da personalidade*. Coímbra: Editora Coímbra, 1995, p. 12

²³³ Según, LASARTE, Carlos. "Compendio de derecho de la persona y del patrimonio: trabajo social y relaciones laborales", Madrid, España, Editorial Dykinson, 2011.

2.1. El origen y los primeros antecedentes históricos del derecho a la propia imagen.

Al iniciarnos en el estudio del origen y antecedentes históricos del derecho a la propia imagen se comprueba que hubo tres etapas distintas en la evolución de la construcción jurídica del derecho a la propia imagen: la primera etapa, anterior a su afirmación jurídica; una segunda, en la que surgen los primeros precedentes judiciales, la teorización doctrinal y el inicio del asentamiento de tal derecho; y por último la tercera, que se identifica con su afirmación e inserción en las Declaraciones de Derechos y en las Constituciones. De modo conciso, donde se analiza el origen del derecho a la propia imagen percibimos que hubo algunos momentos distintos en la evolución de su construcción jurídica.

Una de las fases más importantes, fue la anterior a la afirmación del derecho a la propia imagen, por la simbología que actúa la idea de imagen; marcada y analizada por el instituto jurídico. La época de las cavernas, de los egipcios²³⁴, de los griegos y de los romanos tenían la preocupación de reproducir la idea de la imagen como símbolo; como un modo de registrar, a través de imágenes o pinturas rupestres, los hechos, sus propias imágenes, o de animales y de los objetos, a sus reyes, a las personas de relieve o incluso a desconocidos²³⁵. Las diversas religiones también se ocuparon de reproducir en imágenes sus dioses y divinidades. Desde el inicio y de cualquier forma, la imagen ha estado simbolizada; sea por pinturas, esculturas, bustos o cualquier otra forma de representación.

Esta afirmación puede verificarse a través del estudio de las costumbres de los egipcios, de los griegos y de los romanos por ejemplo, que tenían la preocupación de registrar,

²³⁴ La causa principal que hacían los egipcios, la momificación porque tenían la expectativa de volver a vivir con la misma imagen.

²³⁵ En esta línea, AFFORNALLI MUNHOZ, María Cecília Naréssi. *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, pgs. 25-27. Aclara la jurista Azurmendi Adarraga, 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. AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 22.

por medio de imágenes, a sus reyes, a las personas de relevantes o incluso a desconocidos²³⁶, 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”²³⁷.

En la Grecia Antigua durante el siglo IV a.C., Frineia, una cortesana famosa por su belleza fue llevada a juicio por difamación de un admirador rechazado. En su defensa el orador griego Hipérides, sin argumentos suficientes para persuadir los jueces, a desprendió a fin de que visen su imagen y se convenciesen de su inocencia, pues tanta belesa sólo podría ser atribuida a un favor de los dioses²³⁸.

Otro acontecimiento que atañe a la imagen ocurrió en la época del Renacimiento. Sin autorización, el artista Michelangelo pintó el maestro de ceremonia papal Sr. Biagio de Cesano (Braz de Casena), que criticaba el trabajo del artista en la Capilla Sistina, en Roma, donde reprodujo su figura en la pintura del fondo de la sala de la Capilla en la que se retrataba al fresco y titulado. El Juicio Final, colocándolo en el inferno en la figura de Minos con una gran serpiente enrollada en las piernas, lo que hizo que dicho maestro fuese el propio papa para reclamarle²³⁹.

Es preciso resaltar, en tanto, que la protección de la imagen no se restringe a la fotografía, sino también a la pintura, a la escultura o a cualquier otro modo de captura de la imagen, como bien alertó el jurista Adriano de Cupis bajo el punto de vista jurídico es indiferente el modo de confección del retrato de la persona²⁴⁰.

El momento histórico siguiente, en el cual se perciben los factores que influyeron en la teoría del derecho a la propia imagen, se da con el *iusnaturalismo* racieonalista y la incesante búsqueda de la valoración del ser humano, junto a la consecuente lucha por los derechos que asegurasen su protección. Entretanto, las primeras decisiones judiciales oriundas de un poder jurisdiccional sobre el tema de la imagen datan de la mitad del siglo XIX en Francia, que envolvían cuestiones de retrato y fotografía.²⁴¹

²³⁶ Véase en AFFORNALLI MUNHOZ, Maria Cecília Naréssi. 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, pgs. 25-27.

²³⁷ Recientemente reconocen esta teoría, AZURMENDI ADARRAGA, Ana. El derecho a la propia imagen...cit., pgs. 19-20

²³⁸ Ejemplo citado por la jurista DIAS, Jacqueline Sarmiento. O direito à imagem, p. 65, y por BARBOSA, Álvaro Antonio do Cabo Notaroberto. Direito à própria imagem: aspectos fundamentais, p. 2. Episodio narado por Olavo Bilac en su poema “O Julgamento de Frineia” (Sarças de Fogo, in Poesias, 14^a ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1930).

²³⁹ En este contexto, relata la autora BERTI, Silma Direito à própria imagem, p. 86-87.

²⁴⁰ Merecen especial atención los comentarios de CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade, p. 144

²⁴¹ Cfr. AZURMENDI ADARRAGA, op. cit., 1997, p. 53

Según la autora Silma Berti, la primera decisión judicial sobre protección a la imagen ocurrió en 16 de junio de 1858, ocasión en que el Tribunal de Seine juzgó el caso de la reproducción en dibujo de la fotografía de una célebre actriz francesa, Elisa Felix conocida por el nombre artístico de Rachel, en su lecho de muerte. En el caso examinado por el Tribunal, los fotógrafos contratados por la familia permitirán que una pintora reprodujera en dibujo la fotografía postura de la famosa actriz y los comercializarse. Inconformada con la divulgación, la familia de la actriz reclamó alegó que los fotógrafos no cumplirón el compromiso de resguardo. El Tribunal dio la razón a los familiares, determinó la aprehensión y la destrucción del negativo y de las copias, declaró que la reproducción y la publicación de los trazos fisionómicos de una persona en su lecho de muerte solamente podían ser realizadas con la autorización de la familia, todavía que la persona fuera una celebridad²⁴².

A partir de la invención de la fotografía, se erige el segundo momento en el que se constata la evolución de la construcción jurídica del derecho a la propia imagen en los precedentes judiciales. Y es en Francia donde se sitúan las primeras sentencias sobre el derecho a la propia imagen²⁴³ Relata Pedro Ruiz y Tomás²⁴⁴ que fue la jurisprudencia francesa la que con mayor fuerza proclama el derecho a la propia imagen a mediados y finales 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”.

En este contexto, se ha afirmado que el inicio 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 1948.²⁴⁵ Tal afirmación puede compartirse, a nuestro juicio, por dos razones. Antes de que se inventara la fotografía, la imagen de una persona era representada, normalmente, con el consentimiento del titular, 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 escultor²⁴⁶. Ni siquiera se

²⁴² En este sentido BERTI, Silma. *Direito à própria imagem*, p. 20. el mismo episodio es citado con mayor riqueza de detalles, más sin indicación de fuente, por Serrano NEVES en el libro *A tutela penal da solidão*, p. 151.

²⁴³ Cfr. AZURMENDI ADARRAGA, op. cit., 1997, p. 53

²⁴⁴ Constatarse en: RUIZ y TOMÁS, Pedro, op. cit., 1931, p. 114.

²⁴⁵ Véase en: AZURMENDI ADARRAGA, op. cit., 1997, p. 46.

²⁴⁶ El jurista Ruiz y Tomás 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

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 reproducción de copias, permitió la multiplicación de las imágenes de las personas, y, por consiguiente, su exposición de forma más frecuente y ostensible.

Por otro lado, no se puede olvidar el caso Bismarck, la decisión del Tribunal del Reich (Reichsgerichtshof), de 28 de diciembre de 1899, que examinó la violación de domicilio de la propiedad particular de Bismarck de dos periodistas que lograron acceder a su cámara funeral para fotografiar su cadáver y vender las imágenes. El Tribunal impidió la divulgación de las imágenes, la aprehensión de los negativos y las impresiones. Ante el clamor de este caso, se promulgó la Ley de Derechos de Autor sobre Bellas Artes y Fotografías (KWG), en 1907, la cual exige el consentimiento del titular de la imagen²⁴⁷.

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 las 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 fotografías, ha adquirido un papel cuantitativo y cualitativo que tornó más importancia con la aparición de la televisión, a tal punto de ser la imagen una de las protagonistas del aludido libro de Guy Debord (1997): la sociedad del espectáculo. En los versículos 17 y 18 de su libro, Debord (1997) comenta sobre la dominación de la economía sobre la vida social, en la que hubo una transición del predominio del “tener” ante el “ser”. En otras palabras, es decir, la búsqueda de la acumulación de resultados económicos conduce al “tener” y al “parecer”. El autor critica esta preponderancia y medita que las imágenes, como representaciones de la realidad, se convierten en seres reales los cuales quieren “hacerse ver”. Quizás también por estos hechos, las circunstancias de la post-guerra otorgaron un protagonismo de la imagen humana, la cual reclamó una protección jurídico-constitucional.

En el transcurso del siglo XX, el tema obtuvo todavía más interés con la invención del cine, donde la imagen en movimiento puede ser captada y utilizada para publicidad y

casi siempre era el retrato o sus causas habientes y sólo se podía dar el caso improbable de estar aquellos 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. RUIZ Y TOMÁS, Pedro, op. cit., 1931, pgs. 51-52.

²⁴⁷ En esta línea HERRERO-TEJEDOR, op. cit., 1994, p. 20

divulgación de ya sea de bienes o de ideas. Las cuestiones jurídicas se vuelven más frecuentes en los Tribunales y la doctrina no se preocupó en desempeñar su papel en la elaboración teórica. En Brasil, se merece destacar los estudios de los juristas Walter Moraes y Antonio Chaves.

La legislación sobre el derecho a la imagen se expandió para acompañar la positivación del derecho del autor. Destacamos al jurista Walter Moraes que crea la primera ley que se dispone sobre la fotografía fue de origen alemán, fechada de 10 de enero de 1899²⁴⁸. Gitrama González destaca, todavía en el siglo XIX, las leyes sobre propiedad intelectual de la Bélgica (22 mar. 1886) y del Japón (04 mar. 1899), y en el siglo XX las de la Austria (9 abr. 1936), del Uruguay (17 dic. 1937), de la Grã-Bretanha (7 nov. 1956) y del Méjico (20 dic. 1956). Y en relación al derecho de autor, las leyes de Alemana (9 ene. 1907), de Suiza (7 dic. 1922), de Estados Unidos (Estado de Nueva York, en 1930), de Argentina (26 sept. 1933), de Italia (22 abr. 1941), de Bulgaria (12 nov. 1951), de Checoslovaquia (22 dic. 1953) y de Egipto (24 jun. 1954)²⁴⁹.

El jurista Antonio Chaves menciona especialmente el Código Civil Italiano de 1942, que, al tratar del abuso de la imagen ajena, en el Art. 10, engendró producción bibliográfica sobre el tema²⁵⁰.

En general, todos estos diplomas legales posee la misma estructura. Primordialmente, prohíben la reproducción, la divulgación y la exposición del retrato sin el consentimiento de la persona retratada. En segundo lugar, establecen el rol de los sucesores en este derecho de consentir y finalmente establecen la hipótesis en que el consentimiento es dispensado (como interés judicial, policial, artístico y científico, fotografiado en local público, o, todavía, se es persona que goza de gran notoriedad en razón de función pública o de interés del público) y sostiene la hipótesis en que es presumido en favor del autor del retrato, por ejemplo en el caso de remuneración del retratado²⁵¹.

En las hipótesis en que dichas legislación previó la dispensa del consentimiento, en tanto, la resalva: a la honra, a la reputación, el decoro o cualquier otro legítimo interés

²⁴⁸ En este contexto MORAES, Walter. *Direito à própria imagem (I)*, in RT 443, set. 1972, p. 66.

²⁴⁹ Así lo establece GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Imagen (Derecho a la propia)*. In: *Nueva enciclopedia jurídica*. T. 11, p. 369 a 371.

²⁵⁰ CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil: Parte Geral*, vol. I. São Paulo: RT, 1982, p. 530.

²⁵¹ Merecen especial atención los comentarios de MORAES, Walter. *Direito à própria imagem (I)*, in RT 443, set. 1972, p. 66.

debieron siempre ser resguardados, como se verifica en la legislación arriba referida de Alemana, de Egipto, de Italia, de Méjico y de antigua Checoslovaquia²⁵².

A partir de la segunda mitad del siglo XX, se torna en notoriedad los casos de invasiones a la vida propia de las personas a través de medios de comunicación como: la prensa, la radio, la televisión y sobretodo Internet. A partir de este momento, se descubrió la necesidad de proteger los datos de la vida privada de la persona, debido que se observarán qué datos eran colectados, igualmente los que se consideraba sin notoriedad, pero se convertirán en un bien valioso y cotizado al ser clasificado, ordenado y condensados en bases de datos. Era el siglo del nacimiento de la invasión de la vida íntima de las personas; también se considerada como la era de la ‘libertad informática’, de la ‘auto-determinación informática’ y del ‘Habeas Data’.

Es cierto que la curiosidad de la Ciencia del Derecho al respecto del tema del derecho a la imagen evolucionó por el desarrollo tecnológico. Más que todavía parezca ser la tecnología el punto de partida para las cuestiones jurídicas sobre la imagen, no es en ella que se encuentra el derecho y tampoco no es en la tecnología en la que se encontrará el límite. El estudio del derecho a la imagen no significa sólo derecho a la fotografía o al retrato.

En nuestra opinión, la idea de la imagen y su conocimiento por parte de los seres humanos siempre ha existido, dado su carácter dialogal comunicativo; sin embargo, mientras no existió un serio riesgo de daño a este bien de 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, se plantean las demandas judiciales e irrumpe la exigencia de una específica protección jurídica.

El derecho de la imagen empieza a tomar forma por la necesidad de la protección de la vida privada, la protección a la intimidad, el derecho de exigir la veracidad de lo que se publica, el derecho a la rectificación, la responsabilidad extra-contractual que conyeba a violación de este derecho, entre otros que mencionaremos en a lo largo de esta investigación.

²⁵² Podemos analizar mejor la filosofía ilustrada por este texto en: GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel Imagen (Derecho a la propia). In: Nueva enciclopedia jurídica. T. 11, p. 369 a 371.

2.2. La imagen.

La imagen se percibe como atributo o bien inherente a la persona. La figura humana y por ende su representación, es decir su imagen, constituye el signo más inequívoco de identificación de una persona. Parece claro, que la propia imagen es algo que, en principio, pertenece intrínsecamente a cada persona y, en ese sentido, se ha constituido en objeto de un derecho subjetivo, que la protege frente a posibles injerencias externas.

El jurista Antonio Chaves escribió: “Dentre todos os direitos da personalidade não existe outro tão humano, profundo e apaixonante como o direito à própria imagem. Mas o que é que vem a ser imagem?”²⁵³.

La conceptualización de imagen, de acuerdo con el diccionario Houaiss, señala que no es tarea fácil la delimitación de su contenido semántico, debido a que apunta a varias acepciones para la palabra, entre ellas las de que es “representación de la forma²⁵⁴ o del aspecto del ser o objeto por medios artísticos”, de “aspecto particular por el cual un ser o un objeto es percibido” y “reproducción invertida de un ser o de un objeto, transmitida por una superficie reflectora”²⁵⁵.

Estos tres sentidos de la palabra “imagen” se limitan no más la asimilación del ente o de la cosa por medio de representación, percepción y reflejo. En otras palabras, compuerta que el sujeto ve, el que el otro percibe y como puede ser representado.

Para el jurista Nicola Abbagnano imagen es “ semejanza o signo de las cosas, que se puede conservar independentemente de las cosas”²⁵⁶. Por lo tanto, la imagen esta compuesta de dos ideas: la primera es que existe una cosa (o un ente) y la segunda es que existe la representación de este. El mismo autor señala que los epicuristas²⁵⁷ desarrollan un concepto igual al admitir la verdad de todas las imágenes producidas por las cosas, pues lo que no existe no produce nada²⁵⁸.

²⁵³ En este contexto CHAVES, Antonio. Direito à própria imagem, in RT 451, maio de 1973, p. 11

²⁵⁴ La palabra “forma” es utilizada en su significado de “aquello que pertenece a la esencia o substancia de la cosa, esencial, substancial, actual”. ABBAGNANO, Nicolas verbete Formal, in Dicionário de Filosofia, p. 545)

²⁵⁵ En esta línea defiende HOUAISS. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Dicionário Houaiss da língua portuguesa, p. 1573.

²⁵⁶ Podemos analizar mejor la filosofía ilustrada por este texto en: Nicola ABBAGNANO, Nicola. Imagen, in Dicionário de Filosofia, p. 620.

²⁵⁷ Escola filosófica fundada por Epicuro de Samos no ano de 300 aC em Atenas (Nicola ABBAGNANO, verbete Epicurismo, op. cit., p. 390).

²⁵⁸ Cfr. ABBAGNANO, Nicola. idem, ibidem.

También los juristas Lucia Santaella y Winfried Noth enseñan que el mundo de las imágenes se divide en dos dominios que están inextricablemente asociados en su génesis: el dominio de las imágenes como representaciones visuales (dibujos, pinturas, fotografías y las imágenes cinematográficas, televisivas, infográficas) y el dominio inmaterial de las imágenes en nuestra mente como representaciones mentales que tiene origen en el mundo concreto de los objetos visuales²⁵⁹.

Es común denominar de imagen la representación que se tiene de las cosas o entes. Con eso, los términos imagen y representación son empleados con el mismo significado²⁶⁰. Tomás de Aquino, en tanto, afirma que para comprender la imagen es preciso, antes, establecer Consideraciones sobre origen y semejanza²⁶¹.

Sobre la idea de origen, Tomás de Aquino cita Santo Agustino para explicar que “un huevo no es la imagen de otro huevo²⁶². Para que algo sea verdaderamente una imagen, se requiere que proceda de otro de manera se asemeje en la especie, o por al menos en una señal de la especie”²⁶³. En este sentido, para existir la imagen es necesario que existan dos objetos separados por el tiempo, una vez que la existencia de uno es anterior al del otro, pero unidos por el origen en que el último deriva del primero.

En cuanto a la semejanza, explica que para comprender algo sobre la imagen de otro es preciso considerar se hay semejanza, no cualquier semejanza, más la contenida en la especie de la cosa o en algún señal de la especie que justifique la idea de imagen. Afirma Aquino, por ejemplo, que la señal de la especie para las cosas corpóreas parece ser la figura, y aclara: “Vemos, con efecto, que los animales de especies diferentes tienen figuras diferentes, más no colores diferentes. Por eso, se si pinta sobre la pared la color de alguna cosa no se llama a eso imagen, más solamente se si pinta su figura”²⁶⁴.

²⁵⁹ Argumenta el escritor SANTAELLA, Lucia y NÖTH, Winfried. *Imagem: cognição, semiótica, mídia*, p. 15.

²⁶⁰ Asegura FERRATER José Mora, *verbete Imagen*, in *Diccionario de Filosofía*, p. 1625.

²⁶¹ Santo Tomás de Aquino trata el tema Imagen en la Cuestión 35, en dos artículos, y en la Cuestión 93, en nueve artículos, ambas de la Parte I de la Suma teológica. La importancia del tema para Tomás de Aquino se justifica para explicar la Trinidad (Padre, Hijo e Espíritu Santo – los dos últimos son imagen del primero) y para esclarecer lo que significa ser el hombre producido “la imagen y semejanza de Dios”.

²⁶² La palabra “expresión” tiene en uno de sus sentidos filosóficos el de “manifestación por medio de símbolos o comportamientos simbólicos” ABBAGNANO, Nicola. *Expressão*, in *Dicionário de Filosofia*, p. 484). Antonio HOUAISS cita los siguientes sinónimos: “(...) 3. fisionomia: semblante; 4. manifestación; 5. personificación: encarnación, ejemplar, modelo, prototipo; 6. revelación: demostración, exhibición, exteriorización” (*Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos*, p. 311.).

²⁶³ En este contexto veamos la teoría defendida por AQUINO. Tomás de. *Suma Teológica: a Criação, o Anjo, o Homem*. V. 2. Parte I – Questões 44 -119. 2ª ed., São Paulo: Loyola, 2005, p. 588.

²⁶⁴ AQUINO. Tomás de. *Suma Teológica: a Criação, o Anjo, o Homem*. V. 2, cit., p. 587.

El jurista Tomás de Aquino denomina de “ejemplar” el objeto (cosa, soporte, elemento) original y de imagen el que procede a su semejanza. El concepto de ejemplar es el que funciona como modelo o arquetipo, en el sentido de ser objeto de imitación. Es causa formal o ideal de aquello que la imitación produce²⁶⁵.

La distinción es muy oportuna para el desarrollo de este trabajo. Esto porque las indagaciones sobre el derecho a la imagen sobre el “ejemplar” más técnicamente al “tutela de la imagen original”, se refieren la imagen propiamente dicha debida a que las representaciones, percepciones o reflejos del ente o cosa, materializados por varios medios, como la pintura, el dibujo, la caricatura, la fotografía, el filme de ficción o documental, grabación de voz hablada o cantada y otros medios que vieren a ser desarrollados con base en avances tecnológicos.

2.2.1. Qué se entiende por imagen?

En principio, podríamos decir que la primera idea del concepto de imagen consistía en la reproducción del aspecto físico de una persona mediante cualquier procedimiento, sea en fotografía, en dibujo, pintura, grabación o caricatura.²⁶⁶

En el mismo sentido tras el estudio de la lingüística de la palabra imagen²⁶⁷, originaria del latín “image”, que significa la representación gráfica, plástica o fotográfica de la persona u objeto, o la representación dinámica, cinematográfica o televisada, de una persona, animal u objeto. La imagen es la figura, la fisonomía que la persona tiene, como individuo único e irrepetible.

Fue en el año de 1998, en España, que considerado el marco histórico de la conceptualización de la imagen, a través de la Sentencia del Tribunal Supremo Español²⁶⁸, que se

²⁶⁵ ABBAGNANO, Nicola. Ejemplar, in Dicionário de Filosofia, p. 463.

²⁶⁶ En este sentido véanse, fundamentalmente, FRANQUET SUGRAÑES, M. Teresa, El contrato de personality merchandising, Valencia, 2003, p. 236.

²⁶⁷ En el francés, image; no inglés, image; no alemán, bild; no italiano, immagine.

²⁶⁸ Sí se aprecia, no obstante, una favorable evolución hacia el reconocimiento de los aspectos diferenciales y autónomos de la imagen respecto del resto de sus manifestaciones. El primer pronunciamiento destacable se encuentra en la Sentencia de la Sala Primera de 30 de enero de 1998 (RJ 358).

planteó el concepto de imagen como la reproducción clara de la imagen, voz o nombre²⁶⁹ de una persona, o sea, la reproducción de cualquier elemento caracterizador de su personalidad.

A partir de éste precepto, para la orden jurídica española, sobre la idea de imagen no es asegurada en ese sentido lato, se restringe a la reproducción de los trazos físicos de la figura humana sobre un soporte material cualquier, sino también abarca exteriorizaciones de la personalidad del individuo en su concepto social.²⁷⁰

En Brasil, fue el jurista Walter Moraes²⁷¹, quien nos presentó una definición amplia de imagen, que va además del carácter visual, la imagen no sólo representa la proyección de la personalidad física (trazos, fisonómicos, cuerpo, actitudes, gestos, rizos, indumentarias, etc.) o moral (aura, fama, reputación, etc.) del individuo en el mundo exterior.²⁷² Es decir, la imagen;

Es toda suerte de representación de una persona, como puede ser la voz, el nombre y la caricatura²⁷³. Toda expresión formal y sensible de la personalidad de un hombre es imagen para el derecho. La idea de imagen no se restringe, por tanto, a la representación del aspecto visual de la persona por la arte de la pintura, de la escultura, del dibujo, de la fotografía, de la figuración caricata o decorativa, de la reproducción en maniquí y máscara. Comprende, además, la imagen sonora de la fotografía y de la radiodifusión, y los gestos expresiones dinámicas de la personalidad.²⁷⁴

Y continúa en su afirmación que es la imagen²⁷⁵ que se traduce para el mundo exterior el ser inmaterial de la personalidad²⁷⁶.

²⁶⁹ De acuerdo con la Ley Orgánica y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el nombre también es considerado como un atributo característico de la persona, utilizado para fines comerciales y publicitarios.

²⁷⁰ Se Recoge la definición propuesta por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, HERRERO TEJEDOR, F., Honor, intimidad y propia imagen, Madrid, 1990, p. 93.

²⁷¹ Cfr. MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I), p. 65

²⁷² Seguimos con MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva do direito: dialética jurídica, direito constitucional-tributário. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 25, p. 340.

²⁷³ Asegurada por la Ley Orgánica, en su art. 8.2 protege la caricatura de una persona pública o que ejerza profesión de notoriedad, siempre que el uso de la caricatura sea social.

²⁷⁴ Defiende este criterio, entre otros, MORAES, W., Direito a própria imagem, São Paulo, p. 64.

²⁷⁵ "Se puede también definir imagen como figura, apariencia de las personas y de las cosas, representadas por nuestra imaginación, o por el dibujo, la pintura, la fotografía." BERTI, op. cit., p. 32.

²⁷⁶ Por su parte MORAES, W., Direito...cit., v. 25, p. 342.

La idea de imagen, para el derecho, presupone figura humana. No se refiere solamente a su reproducción visual, sino también la imagen sonora de la fonografía y de la radiodifusión, a las partes del cuerpo (boca, nariz, ojos, etc., desde que suficientes a la identificación del individuo)²⁷⁷ a los gestos y expresiones dinámicas de la personalidad.

Según el escritor brasileño Aurélio Buarque de Holanda imagen es “aquello que evoca una determinada cosa, por tener con ella relación simbólica, símbolo”.²⁷⁸ De esa forma, se comprende imagen no sólo como el semblante de la persona, sino también partes distintas de su cuerpo.²⁷⁹

La imagen sobre la que se proyecta el derecho, es definida por la representación gráfica de la figura humana. Cuando la reproducción de una imagen de una persona en televisión, propaganda, prensa etc. es de difícil identificación concreta, dicha imagen resulta irrelevante para el derecho, o sea, cuando no se puede identificar la persona, para el derecho esta imagen carece de objeto específico.²⁸⁰

Como menciona el jurista Azurmedi Adarraga,²⁸¹ cuando se puede identificar los rasgos específicos de una persona, se puede hablar de la imagen como objeto de un derecho. A modo de ejemplo, imaginemos la difusión por televisión o por prensa de la imagen de una persona con el rostro difuminado, de tal forma que sea imposible identificar a dicho individuo, por lo que se deduce que la imagen no es susceptible de protección.

Ejemplo de un caso, donde se enjuiciaba era el de un anuncio publicitario con la leyenda que decía: la persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies, hacia publicidad a de un desodorante para el calzado utilizaba un dibujo vestido de pantalones negros y zapatillas blancas. Sin embargo, el anuncio en cuestión de referirse a un personaje televisivo, aunque para el TS, no se vía claro que la propaganda resultaba en ese personaje,

²⁷⁷ Estamos nos refiriendo a la imagen-retrato. La imagen-atributo existe también para las personas jurídicas.

²⁷⁸ En ese sentido: “Dano moral - Uso indebido de imagen- Inadmisibilidad - Ausencia de comprobación de ser el autor la persona retratada - Posición del fotografiado a impedir pronta identificación - Decisión mantenida - Recurso no provido” (TJ SP, Ap. civ. n. 53.725-4, São José dos Campos, 2ª Câm. de Direito Privado, Rel. Des. Vasconcellos Pereira, j. 11/08/98, v.u.).

²⁷⁹ Sobre esta cuestión se ha manifestado, especialmente, FERREIRA, Aurélio Buarque de H., *Imagem – em pequeno dicionário da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, p. 742.

²⁸⁰ En este sentido véase, principalmente, BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, São Paulo, 1989, p. 87.

²⁸¹ Véase en PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen*, Navarra, 2003, p. 66.

una vez que el anuncio resultaba carencia de carga identificadora, y en resumen, se entiende que no se ha vulnerado su derecho a la propia imagen.²⁸²

Así que, se infiere en la postura doctrinal, el jurista Walter Moraes, considera que, la imagen es todo lo que exprese la exteriorización de la personalidad humana. Esta afirmación ofrece una apertura conceptual que permite la inclusión de la voz y del nombre en el derecho a la propia imagen²⁸³. Es usual que se incluyan tales características personales en el contenido de la propia imagen, además, afirma que también esos bienes jurídicos son elementos de identificación personal²⁸⁴.

En mismo contexto, afirma el jurista Ruiz y Tomás que el nombre, en un sentido amplio, tiene por objetivo identificar de manera cierta a un determinado individuo, y que, por este motivo, se podría comparar el nombre a la imagen. Se podría, organizar una misma tutela para tales derechos.

2.2.2. Imagen-retrato e imagen-atributo.

En la interpretación del texto constitucional brasileño, el jurista Luiz Alberto David Araújo entiende que los incisos que tratan del derecho a la imagen no se refieren solamente a una idea de imagen, aclara que puede haber dos ideas diferentes. Desde esta perspectiva, defiende el concepto de imagen, para denominar un aspecto, de imagen-retrato, y el otro, de imagen-atributo²⁸⁵.

El autor identifica como imagen-retrato el concepto que afirma ser el de la tradición civilista, desarrollado en Brasil por los juristas Antonio Chaves, Walter Moraes y Hermano

²⁸² Apunta así, AZURMENDI ADARRAGA, A., El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho de la información, Madrid, 1997, p. 193.

²⁸³ De acuerdo con esta sentencia, se hicieron uso de los artículos 7.5 y 7.6 de la Ley Orgánica. Se concluye que la apariencia de la figura descrita, podrá confundir o hacer pensar al público que se trata de la figura del referido personaje televisivo, al que, en consecuencia, se le había vulnerado el derecho patrimonial a la imagen.

²⁸⁴ Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de direito privado, VII, 738, vol. 2, p. 59, Borsoi, Rio de Janeiro, 1956, apud MORAES, Walter. O direito à própria imagem... cit., p. 65.

²⁸⁵ En este contexto ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. , p. 27.

Durval y, en Italia, por Adriano De Cupis²⁸⁶, en el que imagen es comprendida como un derecho de la personalidad que engloba tanto el aspecto físico, y también la expresión formal y sensible de la personalidad, como voz y gestos.

La imagen-atributo, también denominada de imagen-calificación, son ciertas características de cada uno, vistas en la sociedad. El hombre moderno, quiere en su ambiente familiar, profesional o también en sus relaciones de relax, tiende a ser visto de determinada forma por la sociedad. Muchas personas no pueden ser consideradas relajadas, meticulosas, organizadas, estudiosas, puntuales o impuntuales. Son características que acompañan a determinada persona en su concepto social, más que nada tiene que ver con su honra; como alecciona el escritor brasileño David de Araújo, es el 'concepto social' del individuo, que puede ser tenido como un sujeto honrado, pero tener una imagen de mal profesional.²⁸⁷²⁸⁸

Se diferencia de la honra objetiva esa nueva acepción de imagen. Aquella tiene como referencia conceptos sociales favorables a la luz de un patrón medio de conducta, esta incluye características positivas o negativas, o también dotadas de neutralidad, desde que efectivamente retraten el comportamiento social del individuo. El jurista Luiz Alberto David Araújo menciona el ejemplo en que la imagen de alguien puede ser afligida, sin que necesariamente sea atingida a su honra, en la hipótesis de si noticiar que un gran luchador se dedique a tejer, hecho que en nada alcanza a su honra, más que perturba a su imagen de “matador”²⁸⁹.

Se observa que la palabra imagen es empleada por el autor en el sentido de reputación, que significa “concepto de que alguien o algo goza en un grupo humano” o “renombre, estima, fama”²⁹⁰. Ese sentido es muy próximo también al de la palabra “consideración”, significado es “respecto o estima que se demuestran por algo o alguien,

²⁸⁶ Recoge esta teoría el autor ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, cit., pgs. 27 y 29.

²⁸⁷ En esta línea ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 22.

²⁸⁸ Seguimos con ARAÚJO, op. cit., p. 31.

²⁸⁹ Seguimos con ARAÚJO, op. cit., p.120.

²⁹⁰ El texto entre “ “ son los significados de Reputación mencionados en el Dicionário Houaiss de la língua portuguesa, p. 2434. Pues, imagen, entre las tantas acepciones de la palabra imagen, consta: “fig. opinión (contra o a favor) que el público puede tener de una institución, organización, personalidad de renombre, marca, producto etc.; concepto de que una persona goza junto a otro (un político necesita cuidar de su i.) (teve a i. afligida por el escándalo)”, p. 1573.

deferencia"²⁹¹. La utilización de la palabra imagen en estos sentidos indica que el jurista Araújo está en lo correcto en afirmar que no se confunde con la honra, cuanto ésta se relaciona con reputación, buena fama, con la dignidad y el decoro, en cambio, la imagen-atributo se sitúa en el campo del “derecho de respuesta”. Según el jurista Araújo, esta “imagen” tiene un análogo carácter de fondo publicitario, sostiene que creamos esta “imagen”, presentamos nuestra “imagen” e imaginamos que las personas nos soliciten profesionalmente por esta “imagen”, y afirma que una noticia equivocada puede destruir esta idea. No se trataría, del honor, sino de la “imagen”, que resultaría dañada, y a esa “imagen”, el autor le atribuye el nombre de imagen-atributo.

Retomamos las ideas de imagen-retrato e imagen-atributo, vale observar que el texto constitucional brasileño no hace esa distinción, no más utiliza “imagen”. Por lo tanto, el esfuerzo del exegeta se debe dar en la dirección de explicar cuál es el significado de la palabra imagen, y por consecuencia el contenido del derecho a la imagen.

Con efecto, incluido en el concepto de imagen-retrato, además de los aspectos puramente físicos, se incluye también los gestos y las características particulares del individuo, hay que tener "una idea más amplia de imagen, que comprende no sólo el aspecto físico, sino también exteriorizaciones de la personalidad del individuo"²⁹². Cuando se ve los ojos de una persona, se nota además de la color o formato, también se puede apreciar el brillo, el misterio y la tristeza. Lo mismo se dice de la sonrisa en la que se observa no son exactamente los dientes o el formato de la boca, también la alegría, el modo de sorreir. La propia industria de la moda, de la publicidad, de la televisión o del cine reconocen estas características. Aunque la belleza física sea importante para esa industria, el reclutamiento del modelo no se da solamente por la estética, sino principalmente por su personalidad, por la mensagen que su imagen transmite.

De esta manera, el jurista Araújo distingue imagen-retrato de imagen-atributo debido a que tiene el mérito de notar que la imagen no se limita a la apariencia física, que hay algo más. Tal distinción puede ser aceptada o atender las expectativas de la comunidad jurídica hasta el momento. Con todo, se defiende en ese estudio de la distinción de imagen-atributo e

²⁹¹ Con la misma similitud HOUAISS. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Dicionário Houaiss da língua portuguesa, p. 808.

²⁹² Señala ARAÚJO, op. cit., p. 28. En El mismo sentido: "Assim, se compreende como imagem não apenas o semblante, mas as partes distintas do corpo. Da mesma forma, se compreendem como imagens não apenas as formas estáticas de representação (fotografia, pintura, fotograma, escultura, holografia), mas também as dinâmicas (cinema, vídeo)". BARBOSA, op. cit., p. 25.

imagen-retrato no es necesaria porque el significado de imagen forzosamente contiene estos dos sentidos.

A fin de ilustración, se impide la distinción de imagen-atributo e imagen-retrato porque no resuelve el problema de la imagen de niños, es evidente que esta tiene derecho a la imagen retrato. Más tendría en relación a la imagen-atributo, si está es definida como aquella reconocida socialmente? Cual es el reconocimiento social de un niño pequeño?

El constitucionalista adjetiva el bien jurídico imagen. El que se debe comprender, en lo tanto, es que este bien jurídico posee dos especies, repite: la imagen original (ejemplar o matriz) y la imagen decurrente (reproducción, reflejada). Las dos especies de imagen (original y decurrente) posee el mismo atributo, no hay disociación de la imagen original con su retrato el que el sujeto es, lo emite su figura.

2.3. El concepto de derecho a la propia imagen.

El aspecto oscuro del estudio del derecho a la imagen es el enfrentamiento del tema alusivo a como la doctrina define el que es imagen: si esta comprende la cosa reproducida (la fotografía, la tela, entre otras posibilidades) o la forma corporal perceptible, para el mundo exterior, de la personalidad de ente (el ejemplar, el original).

En el propósito de determinar el objeto, el jurista Paolo Vercellone partió de la observación de que toda materia, hasta el mismo el cuerpo humano, cuando expuesto a luz puede ser visto por otra persona. Y tal visión es individual y variada, porque es la percepción de quien ve en el momento en que este acto se realiza. Concluye que un mismo cuerpo puede producir una infinidad de imágenes, en la que cada una corresponde a una sensación visual y, por ese motivo, no habría derecho a la imagen, la sensación es del otro, no sería posible para aquel que es el “visto” tener derecho a sensación del otro²⁹³. En su entendimiento, el que existe es solamente un derecho del retratado al retrato, como producto resultante del acto de fotografiar.

²⁹³ Defiende el autor VERCELLONE, Paolo. *Il diritto sul proprio ritratto*. Turim: UTET (Unione Tipografico Editrice Torinese), 1959, p. 10.

Cuanto la denominación del derecho a la imagen, el jurista Vercellone, afirma que imagen es la reproducción de la figura y su fijación en el material que denomina retrato. Y define como imagen, o retrato, la obra de arte figurativa o la fotografía que reproduce de forma reconocible los trazos, las afecciones, de una persona²⁹⁴. En la teoría del escritor Álvaro Antônio do Cabo Notaberto Barbosa²⁹⁵, derecho a la imagen es la prerrogativa que tiene la persona de autorizar, o de negar autorización, e incluso de impedir que elementos personificadores de su imagen física y moral sean utilizados.

Aún no hay discusión sobre la efectiva caracterización del derecho a la imagen como uno de los derechos de la personalidad²⁹⁶, no es pacífica, con todo, entre los doctrinadores, la forma de su encuadramiento en este ramo de derechos esenciales²⁹⁷, consideramos el jurista brasileño Costa Netto, que “el derecho a la propia imagen no comprende sólo a la fotografía y la televisión; también el nombre y la voz”.²⁹⁸

En la misma línea, admite el jurista Crevillén Sánchez, que la Ley amplía el concepto de imagen incluye aspectos que no encajan en su sentido estricto, como son el nombre y la voz, poné encontrarse una explicación a este criterio legal en que tomar la imagen como apariencia o figura puede confundir o hacer pensar al público que se trata de una persona concreta²⁹⁹. También partidario de ésta corriente³⁰⁰, el jurista Alegre Martínez, aduce que la

²⁹⁴ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel “Imagen” (Derecho a la propia), in Nueva enciclopedia jurídica, Tomo XI, pgs. 304-305.

²⁹⁵ Como señala NOTABERTO BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. Direito à própria imagem: aspectos fundamentais, p. 54.

²⁹⁶ No obstante, y pese al criterio tradicional, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 117/1994, de 25 de abril, afirma que el derecho a la propia imagen forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de la libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreducible a toda persona.

²⁹⁷ Véase, por ejemplo, Costa Netto resalva: “El propio derecho y a la acción, para se oponer a difusión de la imagen, nada tiene con el derecho de la personalidad a imagen, que es derecho a identidad personal”. COSTA NETTO, Direito autoral no Brasil...cit., p. 58.

²⁹⁸ En el mismo sentido véanse COSTA NETTO, José C., Direito autoral...cit., p. 63.

²⁹⁹ Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. Derechos de la Personalidad...cit., p. 96.

³⁰⁰ El jurista Alegre Martínez opina que: “Ciertamente, la voz no sería un elemento tan imprescindible como la imagen para la identificación de la persona (de hecho, si bien todas las personas tienen imagen, hay personas a las que no resulta posible hablar). Aún así, las personas sordomudas tendrían voz en un sentido amplio, su voz serían sus gestos. Con lo cual, la vinculación con el derecho a la propia imagen es aún más estrecha, para oír a esa persona, es necesario ver, captar, sus gestos. (...) aunque el artículo 7.6 de la Ley Orgánica distingue entre voz e imagen, se entiende ésta por tanto en sentido estricto, creemos que de una interpretación extensiva del art. 18.1 de la Constitución cabe deducir el derecho a la propia voz (...) protegería contra toda difusión in consentida de la voz, o contra manipulaciones técnicas de grabaciones, que hagan variar el sentido, la entonación o el contexto de las afirmaciones vertidas por el sujeto al que se graba”. ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. El derecho a la propia imagen...cit., p. 85.

voz, como la propia imagen, es un instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento del individuo³⁰¹.

Consideramos prudente, pero no técnicamente afortunada la postura de la legislación española. Tanto la voz como el nombre, para que no quedaran sin una tutela jurídica efectiva, fueron incluidos en un impropio concepto abierto del derecho a la propia imagen. En este caso, el interés jurídicamente tutelado es, evidentemente, diverso; y se resuelve, pura y simplemente, en el hecho de que, igual que el nombre³⁰² constituye el presupuesto para la identificación jurídica del sujeto, y la voz³⁰³ permite la identificación audio-sensitiva, la imagen constituye el presupuesto para el reconocimiento visual-físico.

Es claro que el nombre y la voz no pueden ser considerados estrictamente como imagen, sin embargo, encajaran la protección de la imagen española no sólo la voz³⁰⁴ y el

³⁰¹ Defiende el jurista Verda y Beamonte, la existencia de un derecho de la personalidad a la propia voz en el n. 6, del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982. La voz, según plantea, merece ser protegida por un específico derecho de la personalidad, en tanto que constituye un elemento de identificación de la persona distinto de la imagen. No se trataría, de un derecho de propiedad intelectual sobre las obras del ingenio, sino de un verdadero derecho a la personalidad, que concede a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, entendida ésta como atributo de su personalidad, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitador con la de una persona perfectamente identificable. VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz” en La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 4, 2007, pgs. 1390-1402.

³⁰² El derecho al nombre tiene una naturaleza mixta porque además de ser una institución de orden público³⁰² es también un derecho de la personalidad³⁰² contribuye a la consecución de los valores dignidad y libre desarrollo de la personalidad reconocidos en el art. 10.1 CE como valores superiores del ordenamiento jurídico español. En efecto, el nombre identifica e individualiza a la persona de forma tal que garantiza su identidad personal puesto que contribuye a definir la personalidad del individuo y a que éste cree una imagen de sí mismo por cuanto toma conciencia de la propia individualidad³⁰². Recogen esta teoría los autores ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem... cit., p. 85, BERCOVITZ RODRÍGUEZ, CANO, R.; op. cit., p. 211 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; op. cit., p. 813; LINACERO DE LA FUENTE, M.; op. cit., p. 19; FORNER Y DELAYGUA, J.J.; Nombre y apellidos. Normativa interna e internacional, Barcelona, 1994, p. 22; MARTÍNEZ CALCERRADA, L.; “Apellidos. La alteración de su orden”, en La ley, 1982-4, p. 1102, SOTO NIETO, F.; “Alteración en el orden de los apellidos. Una novedad legislativa”, en La ley, 1981-4, p. 920, RODRÍGUEZ CASTRO, J.; “El nombre civil: concepto...”, pgs. 107-109, CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos de la personalidad”..., pgs. 32-33 y Derecho civil español común y foral..., Tomo 1, Vol. II, p. 138, ROGEL VIDE, C.; op. cit., p. 68, HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; op. cit., p. 334, DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; op. cit., vol. I, pgs. 96-100, BATLLE, M.; op. cit., pgs. 284-286; LUCES GIL, F.; El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico..., pgs. 76-78; BATLLE, M.; op. cit., pgs. 275-296.

³⁰³ Componente físico e integrante del conjunto de la imagen de la persona, la voz destacó para ganar individualidad, frente al uso aislado, principalmente en la radio y en grabaciones, para identificar personas y estilos varios. Posibilita que sea la persona mentalmente visualizada por asociación. COSTA NETTO, Direito autoral no Brasil...cit., p. 58 y LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. El derecho a la propia imagen de los modelos...cit, p. 23.

³⁰⁴ Ya en la versión de la jurista Azurmendi Adarraga, ella excluye la voz del contenido de la imagen humana, plantea que se trata de un mero instrumento de comunicación verbal y que se modifica de acuerdo con la situación y los hechos que el individuo pretende expresar verbalmente. Sostiene que tanto la voz como la imagen constituyen una manifestación sensible de la personalidad y son, a la vez, medio de comunicación y

nombre, sino en los atributos más característicos propios e inmediatos de la persona. Esta línea es, por lo demás, la que sigue el Tribunal Constitucional Español al razonar, en la STC 117 de 25 de abril de 1994 (FJ3), que “el derecho a la propia imagen garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre³⁰⁵, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”.

Según el concepto del jurista Carlos Bittar, el derecho a la imagen consiste:

“O direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto, etc.) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa)”³⁰⁶

En la lección de la jurista brasileña Maria Helena Diniz:

Direito à imagem é o de ninguém ver sua efígie exposta em público ou mercantilizada sem seu consento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à sua reputação. Abrange o direito à própria imagem; o uso ou à difusão da imagem; à imagem das coisas próprias e à imagem em coisas ou em publicações; de obter imagem ou de consentir em sua captação por qualquer meio tecnológico.³⁰⁷

comunicación en sí mismas. Además, en las dos se distingue un aspecto material e inmaterial y una aptitud para ser grabadas, reproducidas, difundidas, manipuladas, sobresale el potencial patrimonial. AZURMENDI ADARRAGA. op. cit., pgs. 39- 43.

³⁰⁵ En efecto, puede interpretarse que el derecho al nombre se relaciona con el derecho a la imagen en la medida en que es una de las manifestaciones de la identidad³⁰⁵ del individuo que contribuye a que éste se forme una imagen de sí mismo. De esta forma el derecho al nombre tiene acceso al recurso de amparo del art. 53 CE español. el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Gaskin vs Gran Bretaña interpreta que el derecho al nombre forma parte de la intimidad, el honor y la propia imagen³⁰⁵. La Ley 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen reconoce en su art. 7.6 que la utilización del nombre para fines comerciales, publicitarios o análogos es una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. La cuestión está en saber si tal afirmación puede hacerse con carácter general o sólo es aplicable al uso del nombre para fines comerciales.

³⁰⁶ Así lo hace notar BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, p. 87.

³⁰⁷ Sobre este tema DINIZ, op. cit., p. 129.

Según el jurista Walter Moraes³⁰⁸: “A minha figura, sendo exclusivamente minha, só eu posso usá-la, desfrutá-la e dela dispor, bem assim impedir que qualquer outro dela se utilize”.

El art. 20 del nuevo Código Civil brasileño tras el verbo “autorizar”. Es explicativo en la necesidad del consentimiento del titular para la “publicación”, “reproducción” y “utilización” de la imagen. Por lo tanto, la captación también depende del consentimiento del titular.

El jurista Adriano De Culpis³⁰⁹, examinó el art. 10 del Código Civil italiano de 1942, que se refiere a la “exposición” (l’esposizione) y a la “publicación” (la pubblicazione) defiende la posibilidad de la captación de la imagen, sin posterior divulgación. Afirma que para aquel que se expone a mirar a los otros no debe ser muy doloroso poder ser observado directamente, sea fijado en uno retrato que no alcance el dominio de la publicidad³¹⁰.

Estos autores presentan como objeto del derecho a la imagen reproducida, denominada también decurrente o derivada, se resalta la relevancia para el Derecho se esa imagen es divulgada con o sin consentimiento de la persona retratada. No admiten o no mencionan que para tener imagen es necesario existir el ejemplar (imagen primitiva, original o matriz).

Entretanto, hay doctrinadores que mencionan el ejemplar. Miguel Maria De Serpa Lopes enuncia: “La imagen humana es la materia prima originaria, que se distingue notoriamente de las proyecciones o reflejos artísticos producidos por los medios técnicos de manipulación, transformación o reproducción”³¹¹. El autor considera que la fotografía es especie de la cual la imagen es género, una vez que es objetos en el cual recae el derecho a la imagen.

El jurista Carlos Affonso Pereira De Souza afirma: “(...) el entendimiento de que la imagen tutelada por el Derecho solamente comprende la representación gráfica, particulariza

³⁰⁸ Idem, p. 12.

³⁰⁹ En este contexto DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade, p. 132.

³¹⁰ Los autores Carnelutti y Vercellone afirman que no constituye atentado contra el derecho a la imagen, la foto instantánea tomado de cualquier persona sin su autorización, pues, se el titular puede ser contemplado, puede ser fotografiado. In: MORAES, Walter. op. cit., p. 20.

³¹¹ La clasificación utilizada es una opinión de la muchas que se presentan, somos conscientes de que existen muchas otras, así, por ejemplo, desde el punto de vista filosófico- jurídico LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. v. 1. 8ª ed. José Serpa Santa Maria (rev. e atual.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995/96. Curso de Direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos, vol. 1, pgs. 273-274.

en exceso el escopo de la protección, deja descubierta una serie de hipótesis en que la imagen de la persona es violada sin que se elabore una reproducción gráfica de la misma”³¹².

El escritor Diogo Leite de Campos³¹³ asegura que el derecho a la imagen versa sobre la imagen del individuo, imagen de la persona en singular. Imagen cognoscible e individual. No reconoce la existencia de un derecho a la imagen colectiva (de una étnia, de una religión, de una asociación, etc.).

El derecho a la imagen comporta también el derecho a la preservación de la imagen contra cualquier especie de usurpación, falsificación, adulteración o modificación³¹⁴. La imagen, es autorizada o permitida (por cuenta de los límites previstos en el ordenamiento jurídico), debe ser correctamente visualizada.

El derecho a la imagen también abriga la preservación intelectual de la imagen o de su identidad circunstancial³¹⁵. En otras palabras, no basta la efigie de permanecer intacta. En el contexto en el cual está inserida debe ser preservado, prohibir señales o leyendas que le desvirtúen.

2.4. La caracterización del derecho a la propia imagen.

No tendría sentido reproducir en este apartado todas las ideas ya expuestas sobre las características de los derechos de la personalidad, pero sí es necesaria la caracterización del derecho a la imagen, no sólo para poder identificarlo como un derecho de la personalidad, sino también para resaltar mejor su autonomía frente a otros bienes jurídicos.

En principio, se ha de deducir que el derecho a la propia imagen es un derecho innato, como integrante del grupo de los derechos de la personalidad, como ya vimos en el

³¹² Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de SOUZA, Carlos Affonso Pereira. Contornos atuais do direito à imagem. In: Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC). Ano 4. Vol. 13. Rio de Janeiro: Padma, p. 33 a 71, jan./mar. 2003. Contornos atuais do direito à Imagem, in Revista Trimestral de Direito Civil, p. 36.

³¹³ Defiende el jurista CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade, p. 189.

³¹⁴ En esta línea discurre la interpretación de MORAES, Walter. Direito à própria imagem (II)...cit., p. 14.

³¹⁵ Recogen esta teoría el autor ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem... cit., p. 85.

capítulo anterior, su adquisición no está condicionada a un expreso reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico. La imagen surge con la personalidad³¹⁶ y, por consiguiente, su configuración jurídica nace con la persona, es innecesario cualquier acto jurídico para su integración en los derechos de la persona³¹⁷. La ausencia de acto jurídico para la adquisición de tal derecho también sirve de base para la afirmación de que es un derecho absoluto, el derecho a la propia imagen impone un deber general de abstención *erga omnes*, es decir, no necesita de una pre-relación jurídica para que las otras personas lo respeten. Es un derecho oponible indistintamente a cualquier persona; está inserto en la categoría de los *absolute Rechte*³¹⁸.

Esta característica, ya explicada en el capítulo anterior, se hace presente en todos los derechos de la personalidad, sin embargo, como hemos dicho antes, conviene recordar que este carácter absoluto no implica decir que es un derecho ilimitado. Es la figura, la fisonomía, inherente a la persona, la imagen es indisponible, irrenunciable, inalienable y extra-patrimonial. No existe la posibilidad fáctica, ni jurídica de que una persona simplemente disponga, renuncie, aliene o venda su imagen o cualquier evocación o expresión personal del aspecto físico externo que la exteriorice.

Este razonamiento es congruente con la misma idea de la individualidad de cada ser humano, no hay posibilidad, voluntaria o naturalmente, de deshacer esta individualidad. Pese al incesante dinamismo personal, no se imagina un ser humano absolutamente idéntico a otro, y este aspecto moral-negativo, más abstracto, no puede ser considerado disponible, y no puede, por lo mismo, ser mensurado económicamente³¹⁹.

Consideramos la protección jurídica que se da a la representación gráfica de la propia imagen, se podría encontrar una cuantía monetaria en aras de la reparación del daño causado, sin hablar propiamente de resarcimiento³²⁰. Para seguir con este razonamiento, debe

³¹⁶ Por presunción legal, seguimos a MORAES, WALTER. “Direito à própria imagem (II)” in Revista dos Tribunais, São Paulo, n° 444, out. 1972, pgs. 11-28.

³¹⁷ En este sentido vid. ESTRADA ALONSO, Eduardo. “El derecho a la imagen en...cit., p. 354.

³¹⁸ Asimismo GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)”...cit., p. 333

³¹⁹ Es posible la retirada de las imágenes de la circulación (tutela jurisdiccional cautelar, preventiva y represiva). No obstante, la reparación no se ciñe solamente a un non facere. Puede ser requerida, incluso, por la intromisión ilegítima que ha sido realizada. En otras palabras, existe la eminente posibilidad de una compensación del daño que la lesión ocasionó. De este modo, hay que evaluar la extensión de los daños resultantes de los actos ilegítimos, para que al final sea depurado el quantum satisfactorio, a ser cobrado como la lesión por la persona afectada.

³²⁰ Así lo establece CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 2. ed. rev., atual. e ampl.; 3. tir. São Paulo: Editora

entenderse también que es un derecho inalienable, pues no hay cómo alienar un derecho esencial de la persona, cuyo objeto posee naturaleza orgánica, inseparable del sujeto titular³²¹.

Como indica el jurista Ruiz y Tomás, sería absurdo suponer la enajenación de la imagen, debido a que ella constituye algo inseparablemente unido a la persona por el mero hecho de serlo³²². De ahí que se diga que el derecho a la propia imagen es inalienable e irrenunciable y se declara nula la renuncia a la protección de dicho derecho³²³. La renuncia al derecho a la propia imagen llevaría implícita una negación de la personalidad del renunciante y sería lo mismo que quitar una parcela de la individualidad del titular de tal derecho, contradice los principios fácticos y jurídicos de la dignidad de la persona. Así mismo, el derecho a la propia imagen no está sujeto a expropiación forzosa y tampoco puede adquirirse por usucapión.

En tal caso, la expropiación implica la manifiesta posibilidad de la negación del principio de tutela de la persona, contradice la tesis de que el Estado no puede apoderarse de la individualidad de los seres humanos. Por lo que hace a su imprescriptibilidad, no se puede sostener la idea de que la persona humana no es titular del derecho a su propia imagen. El ser humano, por sus propias características, ya nace con la imagen. Como consecuencia de ello, el derecho a la tutela de la propia imagen lo acompaña desde el principio. Por ello, no es imaginable la hipótesis de la existencia de un determinado transcurso de tiempo, donde se delimite el comienzo y el término de su prescripción.

La imagen humana es continua, ininterrumpida, por lo tanto, no cabe hablar de una supuesta prescriptibilidad para su adquisición. Sin embargo, la tutela jurídica de esta vertiente moral, su ejercicio, del derecho a la propia imagen sólo será demostrada evidentemente cuando exista una vulneración, como resalta el jurista Herce de la Prada, el derecho a la propia imagen también pertenece al grupo de los sancionadores, que son aquellos derechos en

Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

³²¹ Asimismo GITRAMA, "Imagen (derecho a la propia)"...cit., p. 337.

³²² En este mismo sentido se manifiesta RUIZ Y TOMÁS, op. cit., p. 109.

³²³ Así lo establece la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo, con acierto, "Art. 1.3. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta ley.

los cuales, a diferencia de los determinativos, no surge en la facultad de exigir un comportamiento adecuado hasta que el derecho haya sido vulnerado por terceras personas³²⁴.

No obstante, esta circunstancia no quiere decir que no exista el derecho a la propia imagen, porque no se haya interpuesto una demanda judicial, podrá ser invocado siempre que de él necesite su titular. En este contexto, hay que admitir que sí puede prescribir o caducar, como ya se ha analizado, es el derecho a la acción judicial, eminentemente instrumental, distinta del derecho a la propia imagen, claramente de índole material.

2.5. La protección del derecho a la propia imagen.

La cuestión que planteamos en este apartado es el reconocimiento del derecho a la propia imagen, visto que no cabe hablar de este derecho, tutelado jurídicamente, hasta la segunda mitad del siglo XIX, época en que empezaron a tener entidad los procedimientos de difusión empleados para reproducir la imagen humana.³²⁵ Es decir que hasta entonces, la imagen no era un bien protegido, o sea, se podía ser utilizado libremente por terceros, sin ninguna limitación, y principalmente, sin el consentimiento de la persona cuya imagen se utiliza.

Debido a un mayor número de litigios, los Estados Unidos fue el primer país en discutir el derecho a la imagen, y a partir de ahí se planteó este derecho en otros países. Por consiguiente, la protección del derecho a la propia imagen se instrumenta a través de dos derechos distintos, o sea, el *right of publicity* y el *right of privacy*. La teoría del derecho *right of publicity* dice que una persona podrá explotar comercialmente su imagen, sin protección al derecho a la intimidad; y el *right of privacy* confiere proteger la intimidad, una vez que podrá ser lesionada al divulgar la imagen de la persona.³²⁶

³²⁴ Podemos analizar la teoría defendida por HERCE DE LA PRADA, op. cit., p. 37.

³²⁵ En esta línea se han manifestado, entre otros, GITRAMA GONZÁLEZ, M., Voz “Imagen (derecho a la propia)”, en nueva enciclopedia jurídica, Barcelona, 1962, p. 301.

³²⁶ Dice FRANQUET SUGRAÑES, M. Teresa, El contrato de personality merchandising, Valencia, 2005, p. 195.

Por lo tanto, una vez estudiado el concepto de, se ha de inferir que la necesidad de protección contra la arbitraria difusión de la imagen de la persona deriva de una exigencia individual, según la cual la persona debe ser el sujeto que consienta la posibilidad de representar gráficamente su propia imagen. El sentido de la propia individualidad crea dos perspectivas en la configuración jurídica de tal derecho: por un lado, una de exigencia de circunspección, de reserva, de exclusión, y de otro lado, establece la autonomía jurídica individual y la autodeterminación del individuo para proyectarse socialmente. La primera, garantiza la exclusión de los demás de este ámbito individual, protege, pues, la inviolabilidad personal. La segunda, se asegura la exteriorización de la libertad del individuo en las relaciones sociales; el derecho a la propia imagen emerge, en esta línea, como una expresión concreta de la autonomía personal.

Se configura, de este modo, una realidad jurídica en la que la imagen se afirma como un bien jurídico eminentemente personal en el plano teológico y en el material-axiológico, con estructura de libertad fundamental, que reserva a la persona una posición de dominio sobre una característica personal. Al titular le asiste, en exclusiva, el derecho de determinar quién puede representar, grabar, registrar, utilizar o divulgar su imagen³²⁷.

Ambas perspectivas se incluyen en la teoría de la dignidad de la persona y se entroncan con la tutela constitucional de los derechos fundamentales. En efecto, sobre estas dos ideas, en lo esencial, se configura el concepto del derecho fundamental a la propia imagen. Antes de ofrecer concretamente tal concepción, es oportuno hacer una importante distinción previa: de un lado está el concepto de imagen y de otro el concepto del derecho a la propia imagen. Parece simple e incluso obvia esta diferenciación, pero se torna relevante cuando se aborda la delimitación del objeto de este derecho y sus consecuencias jurídicas.

El jurista Ruiz y Tomás, tras enunciar una serie de conceptos de imagen existentes, sostiene que la imagen sería, toda expresión que haga sensible un objeto carente, en sí mismo, de susceptibilidad para manifestarse, o bien el medio por el que una cosa se destaca en el ambiente externo con más fuerza de la que antes tenía. Viene a ser, en general, sinónimo de figura, representación, semejanza o apariencia de un objeto³²⁸.

³²⁷ Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...cit.*, p. 132.

³²⁸ Se habla de la imagen en el orden físico, en el fisiológico, en el psicológico, en el psicológico patológico, en

Es oportuno explicar que 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 humano³²⁹. Con todo, lo que queremos resaltar es que la imagen, de manera general, es protegida por el derecho a la propia imagen, en su manifestación, representación y no la imagen humana y en sí misma considerada³³⁰.

El Derecho no podría impedir que terceros conozcan naturalmente (sin artificios) nuestra imagen, el ser humano, dado su carácter social, tiene necesariamente que relacionarse con los demás. Por ello afirmo que tal bien jurídico protege la persona 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 imagen.³³¹ Se tiene en cuenta estos matices,

el filosófico, en el retórico, en el pedagógico y en el religioso, pero a nosotros exclusivamente nos incumbe examinarla en el estudio del Derecho. RUIZ Y TOMÁS, Pedro. Ensayo sobre el derecho...cit., p. 46.

³²⁹ Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de AZURMENDI ADARRAGA, op. cit., p. 22.

³³⁰ “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 lo 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 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. VERCELLONE, Paolo. Il diritto sul proprio ritratto. Toriense Turim, 1959, pgs. 10-11, apud GITRAMA. “Imagen (derecho a la propia)”, Nueva Enciclopedia...cit., p. 304.

³³¹ Acerca de la discusión doctrinales surgidas en torno al derecho de la propia imagen víd. ANDRADE, Manuel da Costa. Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra:

consideramos 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 jurídico.³³²

Con todo, ha defendido el jurista Ruiz y Tomás, que el contenido de la imagen no se agota en las líneas de la cara, cabe la posibilidad de que la persona pueda ser reconocida por formas y detalles de las otras partes del cuerpo³³³, concepción que se ha convertido actualmente en mayoritaria³³⁴. De este planteamiento inicial ya se excluye cualquier otra obra, figura o representación que no se conecte con la persona.

Coimbra Editora, 1996, p. 132.

³³² Como consecuencia lógica de esta afirmación, veamos 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, pgs. 151-205 (p. 194)

³³³ Unido a lo anterior; RUIZ Y TOMÁS, op. cit., p. 47.

³³⁴ En esta línea discurre las interpretaciones de los autores; GITRAMA GONZÁLEZ, M. "Imagen (derecho a la propia)"...cit., pgs. 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, pgs. 543-625; MORAES, Walter. "Direito à própria imagem (I)" in Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 443, set. 1972, pgs. 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. Visión Net: Madrid, 2005, p. 23; CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia 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, pgs. 79-106; AFFORNALLI MUNHOZ, Maria Cecília Naréssi. 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, Álvaro 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, pgs. 45-75; DIAS, Jacqueline Sarmento. 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

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 humanos³³⁵. La protección jurídica es la de la representación visible, reconocible e individual de la imagen de la persona, sin estas peculiaridades no se podría configurar el concepto jurídico-constitucional de imagen³³⁶.

El mismo autor explica que se debe entender la representación como la figura o imagen que sustituye a la realidad. La reproducción significa sacar copia de uno o de muchos ejemplares³³⁷, debe considerarse todos los procedimientos habidos y por haber de reproducción de la figura humana. Hay quien defiende otra distinción donde afirma que la fijación de la figura humana a través de la pintura, la escultura, el dibujo, son una representación de la imagen, mientras que la llevada a cabo por la fotografía, el vídeo, la televisión sería una reproducción, una copia³³⁸.

Sin embargo, no estimamos que pueda influir tal discutida distinción (representación o reproducción) en los efectos jurídicos prácticos del derecho a la propia imagen. Lo relevante, es tener en cuenta que lo que la tutela estatal protege es la representación, la

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, pgs. 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, pgs. 389-459.

³³⁵ 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 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, Eduardo. "El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (II)" en *Actualidad Civil*, Nº 25, Semana 18-24 de Junio de 1990 (2), XXV, p. 373

³³⁶ 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, carece, del objeto específico del derecho. En efecto, sólo se puede hablar de imagen, como objeto de protección jurídica, cuando se consigue percibir los rasgos particulares individualizadores de una persona, 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. PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003, pgs. 65-66.

³³⁷ Conceptos que extraemos de la página web de la Real Academia Española de La Lengua.

³³⁸ Ya avanzada PASCUAL MEDRANO. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003, p. 63.

manifestación y no la imagen humana en sí³³⁹. Normalmente, no puede evitarse³⁴⁰ que terceros conozcan nuestra imagen, debido a que el ser humano, dado su carácter social, tiene necesariamente que relacionarse con los demás³⁴¹. Por ello, insistimos, la imagen, a los efectos de la protección de ese bien jurídico, es la representación gráfica del aspecto físico externo de la figura de una persona.

Además, la representación gráfica del aspecto físico externo de la figura de la persona debe ser visible y reconocible³⁴², es decir, que el sujeto deba verse y pueda ser reconocido. Sin esta peculiaridad, no se podría configurar el concepto de imagen en el sentido al que me nos referimos. Puede no haber unanimidad sobre el planteamiento de que el concepto de la imagen se reduce a la representación sensible visual del aspecto físico externo de la figura de la persona, pero es cierto que la imagen, en primer lugar, se refiere a una forma o apariencia visible³⁴³.

Además, 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

³³⁹ Asegura el jurista Vercello, apud Gitrama, que: “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, 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. VERCELLONE, Paolo. *Il diritto sul proprio ritratto*. Torinese Turim, 1959, pgs. 10-11, apud GITRAMA. “Imagen (derecho a la propia)”, Nueva Enciclopedia...cit., p. 304.

³⁴⁰ Es necesario explicar que aquí se analiza el concepto del derecho a la propia imagen en las sociedades políticas democráticas, que respetan los derechos fundamentales y el valor de la dignidad de la persona. Existen ejemplos en otros países, en los que se puede sí evitar que se conozcan la imagen de una persona, como es el caso del uso obligatorio para las mujeres del burqa, o medios/ropas que les impidan enseñar sus rasgos personales.

³⁴¹ Ya decía KHOLER, J. “A própria imagem no direito”...cit., p. 53, que toda persona tiene que soportar que se hable de ella; toda persona cae, de un modo o de otro, en la publicidad; sea por sus negocios, sea por su profesión, por su función, por su obra literaria, nadie ingresa en la vida jurídica libre de choques y de coerciones

³⁴² Así lo ha manifestado recientemente GITRAMA, “Derecho a la propia imagen”, Nueva Enciclopedia...cit., p. 305.

³⁴³ Por presunción legal, se puede seguir a AZURMENDI ADARRAGA. op. cit., p. 25.

imagen, carece, del objeto específico del derecho³⁴⁴. En efecto, sólo se puede hablar de imagen, como objeto de protección jurídica, cuando se consigue percibir los rasgos particulares e individuales es de una persona, los que posibilitan la representación gráfica visible del aspecto físico externo de su figura. Por lo tanto, la representación de una imagen no reconocible es lícita.

No obstante, la utilización de una imagen de una persona tampoco se torna ilícita si, siendo la imagen anónima, el sujeto pueda ser reconocido, pero no individualizado. En otras palabras, 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 emitir. En este caso la imagen del sujeto se queda perdida, difusa entre muchas con las que se forma un todo; es decir, es lo que la doctrina suele denominar imagen accesoria.

Alude la imagen accesoria 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 participado³⁴⁵. Por supuesto, sería imposible pedir el consentimiento de todas y cada una de las personas que asisten a un acto o suceso públicamente relevante, y por consiguiente, al participar de tal hecho, deben estar conscientes que su imagen puede aparecer de forma accesoria. Lo que no puede ocurrir, en este caso, es que la imagen de la persona se convierta en la protagonista de la toma fotográfica, así dejaría de ser accesoria.

Para ilustrar tal postura, es pertinente referirse a un ejemplo citado por el jurista Urías: la imagen de una manifestación o de un partido de fútbol que una empresa utilice con fines publicitarios no se considera vulneración del derecho a la propia imagen de todas las personas cuyos rostros sean reconocibles, en la medida en que el beneficio no se pueda vincular a la imagen concreta e individual de ninguna de esas personas, sino al acontecimiento en sí³⁴⁶. Éstos son, en suma, los rasgos ineludibles de la configuración

³⁴⁴ Podemos analizar la teoría defendida por PASCUAL MEDRANO. El derecho fundamental a la propia imagen...cit., pgs. 65-66.

³⁴⁵ En el mismo sentido se pronuncia ESTRADA ALONSO, E. "El derecho a la imagen en la Ley Orgánica...cit., p. 373

³⁴⁶ Asimismo, URÍAS MARTÍNEZ, J. P. Lecciones de derecho de la información. Madrid: Tecnos, 2003, p. 148.

jurídico-constitucional del derecho a la propia imagen: un derecho de la personalidad que tutela la imagen de la persona singular; visible, reconocible e individual.

La protección estatal dada a la imagen humana, está vinculada al valor individualizador que tal bien de la personalidad evoca. La imagen individualiza; mediante ella, se considera a la persona en sí misma, se determina a alguien concreto, irrepetible, diferente y diferenciable de todos los demás seres humanos, lo que expresa su necesaria individualidad en el entorno social. La imagen también ha de tener un efecto capaz de reconocimiento de la persona, a parte de la exigencia personal de la individuación, la imagen interviene como un elemento aún más especificado y permite saber a quién corresponde la representación gráfica del aspecto físico externo de la imagen humana en forma visible³⁴⁷. La figura humana se refiere a la persona natural o física, en forma visible, es decir, que se pueda ver, y ha de tenerse en cuenta la reconocibilidad, que no exista duda sobre el parecido con el original³⁴⁸. Recae, en la imagen física y lo que se protege es la representación gráfica del aspecto externo visible y reconocible de la figura humana.

En referencia a la existencia de un derecho a la propia imagen de la persona jurídica, expone la autora brasileña Maria Cecília Affornalli las polémicas doctrinales en torno al tema, cita la teoría del jurista Almeida Torres, que sostiene que es imposible admitir la existencia de éste derecho, pues se trata de un ente abstracto desprovisto de figura, por lo que falta el soporte material para que pueda extenderse a ella tal derecho. Además, puntualiza que no se concibe que este pretendido derecho exista de manera autónoma frente al derecho al nombre comercial³⁴⁹. Aunque entre la imagen tutelable 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, nunca se verá afectada con tales mudanzas corporales, y es por ello que la imagen humana es 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, por ello integran la

³⁴⁷ En esta línea discurre la interpretación de CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 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, pgs. 389 a 459.

³⁴⁸ Para un análisis más pormenorizado víd. ROYO JARA, José. La protección...cit., pgs. 25 a 29.

³⁴⁹ Por su parte, AFFORNALLI, M. C. N. M. Direito à própria imagem... cit., pgs. 53 a 54.

dignidad humana. 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, cuyo contenido es racionalmente atribuible únicamente a las personas físicas. La imagen que se tutela en este sentido, es indisociable de la persona, de modo que la protección de la persona jurídica y de sus símbolos representativos estaría inserta en el derecho de patentes y marcas³⁵⁰. Quizás pudiera ser defendida la ofensa a la persona jurídica por la protección que se da al honor o al nombre comercial, como la propia Almeida Torres reconoce al final de su exposición.³⁵¹

De hecho, el razonamiento aplicado para rechazar la teoría de la imagen de la persona jurídica tiene que ver con el sentido en que se emplea este concepto inicial de imagen, el cual no incluye cualquier mediación metafórico-ficticia³⁵². Pese a la anfibología de la palabra imagen, al hablar del derecho a la propia imagen, se ha de emplear la acepción técnica de tal vocablo, que alude a la representación o reproducción gráfica del aspecto físico externo de la figura humana en forma visible y reconocible³⁵³. La imagen humana, como objeto de protección jurídica, no requiere una mediación intelectual, ha de haber una relación de inmediatez visual entre el modo de la representación y lo que está gráficamente representado³⁵⁴.

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 pertenece³⁵⁵. La imagen que tiene en cuenta tal derecho no

³⁵⁰ Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de CARRILLO, 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; pgs. 63 – 90.

³⁵¹ El autor afirma que “no parecen existir obstáculos insalvables para configurar a las personas jurídicas como titulares del derecho al honor, al nombre y a ciertas parcelas de la intimidad personal, mientras que su naturaleza resulta incompatible con el derecho a la propia imagen y a la intimidad familiar. HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, Intimidad y Propia Imagen...cit., p. 72.

³⁵² Por presunción legal, se puede seguir a GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. “Datos personales y protección del ciudadano” en Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, N.º. 87, 1997, pgs. 71 - 98

³⁵³ En esta línea discurre la interpretación de GITRAMA GONZÁLEZ, M. “El derecho a la propia imagen, hoy”, en Libro homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, vol. VI, Madrid, 1990, p. 205. Sin embargo, en la p. 204, el autor afirma: “Reparemos, ante todo, en la actual polisemia o, si se quiere, anfibología del vocablo IMAGEN. Abarca representaciones plásticas o iconográficas (pinturas, dibujos, esculturas, fotografías, cine, etc.) a las representaciones o “imaginaciones” psicosociológicas en cuyo sentido se habla de “tener buena imagen” con alusión a la fotogenia y sobre todo al prestigio, “vis atractiva” (...) campo abonado por los llamados “asesores de imagen.”

³⁵⁴ En el mismo sentido se pronuncian GITRAMA GONZÁLEZ, M. “Imagen (derecho a la propia)” en Nueva Enciclopedia...cit., p. 304, ROYO JARA, op. cit., p. 26, AZURMENDI ADARRAGA, op. cit., pgs. 25 - 26

³⁵⁵ En esta línea discurre la interpretación de CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. Derechos de la

es la “imagen social”, la reputación, la fama, que son objeto de protección por el derecho al honor³⁵⁶³⁵⁷. El honor es un aspecto de la dignidad humana, que desde la normativa, se reconoce a la persona por el mero hecho de serlo³⁵⁸.

Además, a tal concepto ha de unirse la perspectiva factual, es decir, el honor como un valor social cuya protección hace posible la vida en relación³⁵⁹. 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 para divulgar ofensas a su reputación, exponer a la persona al desprecio de las gentes o generar una aversión de los conciudadanos. Por ello, se desvincula el derecho a la propia imagen del derecho al honor.

A modo de conclusión se podría definir este concepto inicial del derecho a la propia imagen como la protección jurídica que se da a la representación gráfica que se hace, por cualquier medio (tradicional, mecánico, químico, electrónico), de las evocaciones y/o expresiones personales visibles del aspecto físico externo que le confieren singularidad (individualidad) y convierten reconocible a la figura (los rasgos) de la persona.

No obstante ese concepto inicial, y como aclara la jurista Pascual Quintana, el derecho a la propia imagen adquirió paulatinamente una gran relevancia hasta el punto de debatirse la naturaleza de cada representación singular de la imagen humana. Esto fue así porque el mercado informativo encontró en la imagen un excelente medio de transmisión de ideas y oportunidades³⁶⁰. La vertiginosa inserción de la televisión en los hogares ha favorecido la consolidación de este fenómeno convirtiendo la imagen en uno de los más destacados instrumentos de comunicación social. En efecto, es irrefutable percibir que la imagen ha

Personalidad... cit., p. 94; TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., pgs. 389-459

³⁵⁶ Por su parte, PASCUAL MEDRANO, Amelia. El derecho fundamental a...cit., p. 63.

³⁵⁷ En Portugal, como se afirma en el Juicio que nº 407/2007 (Proceso 130/07 2ª Sección, Rel. João Cura Mariano, p. 17) del Tribunal Constitucional Lusitano, es común utilizar la expresión derecho a la honra para denominar el derecho al buen nombre y la reputación, constitucionalmente protegido.

³⁵⁸ Asimismo, 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.

³⁵⁹ Por presunción legal, se puede seguir a HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, Intimidad y Propia Imagen. Editorial Colex: Madrid, 1994, p. 76

³⁶⁰ Para un análisis más pormenorizado del objeto del derecho réplica víd. PASCUAL QUINTANA, “El derecho a la propia imagen” en Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, Año 1949, p. 140, apud HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 16.

adquirido un valor publicitario en la sociedad contemporánea, no sólo como interés informativo, sino también comercial.

La información representa, como advierte el jurista Ruiz Miguel, un valor de innegable importancia en la sociedad capitalista, en un primer momento, el capitalismo pretende que el Estado mensione sus recursos disponibles y sus bases imponibles; en segundo lugar, calcula los efectos multiplicadores de su inversión; y en la tercera fase, cuando quiere dar salida a las grandes masas de bienes acumulados, el poder y el capital necesitan de la participación de los consumidores y votantes. No sin razón el citado autor plantea esta cuestión, la publicidad ha nacido por las exigencias de la Revolución Industrial, que posibilitó la producción en masa y requirió, por tanto, nuevos mercados, de tal forma que la publicidad se unió intrínsecamente a la actividad empresarial³⁶¹.

Para seguir con este planteamiento, entiende el escritor y jurista Domínguez Gregorio, que la imagen es una herramienta fundamental en la fabricación de mensajes, el lenguaje de las imágenes cumple, en teoría, dos cometidos: verificar visualmente la noticia y añadir nueva información³⁶². Con el ya comentado avance tecnológico, los nuevos medios de información y de comunicación permiten un más fácil, rápido y abundante acceso a la información de todo género, de modo que uno de sus principales cauces para esa labor es la divulgación de la imagen de los hechos y de las personas³⁶³. Efectivamente, el acelerado desarrollo de la publicidad, presente actualmente en todas las actividades en las que confluyen

³⁶¹ El autor añade que, dada la velocidad y cantidad del exceso de información, puede ocasionar una asfíxia informativa, obsta una valoración por el individuo. La saturación informativa produce una inmovilización del sujeto que se hace incapaz de responder racionalmente a tantos estímulos. Para tal acto, se razona que el individuo necesita de la intimidad suficiente que le permita filtrar el flujo informativo, considerar las alternativas y posibles consecuencias, resulta una actuación ponderada y racional (p. 35). RUIZ MIGUEL, Carlos. La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Tecnos: Madrid, 1995, p. 34.

³⁶² En los mismos términos nos encontramos a DOMÍNGUEZ GREGORIO, Pablo. "Información y comunicación de masas en las democracias representativas" en <http://www.redcientifica.com/doc/doc200303150300.html>. Sin embargo también son utilizadas para otras funciones más oscuras. Por ejemplo, pueden cambiar el sentido de la noticia. Además puesto que la imagen viene envuelta en una aureola de objetividad, suele lograr una credibilidad bastante acrítica por parte del lector (receptor), e imponer su "mensaje". Las personas no suelen ser muy conscientes de que la foto también se construye y se diseña como una expresión más con su propio lenguaje, según planos, iluminación, uso de símbolos y otros tratamientos. A menudo la manipulación procede directamente de efectos fotográficos que son usados para deformar o acomodar de manera expresiva una imagen.

³⁶³ Íd., afirma que la información siempre está ahí, en una cantidad y forma determinadas. Mientras que la comunicación, la cual muchas veces quiere igualarse a la información, es un concepto cercano a lo humano, a lo cotidiano y ante todo un proceso. Es un proceso de moldeado de la información y por lo tanto también un acto de posible tergiversación intencionado.

la comunicación y los entes sociales (públicos o privados), ha incrementado y fomentado la generalización del uso comercial de la imagen humana.

En esta línea, específicamente para la publicidad comercial privada, se nota la habitualidad de la utilización de modelos, actores, actrices, deportistas, artistas en general para que hagan de su imagen un objeto de atención y presentación de productos, con una finalidad eminentemente persuasiva. Y este uso de la imagen de las personas destinado a tal finalidad ha dado contornos mercantiles para que se efectuara la transmisión de la información publicitaria. Por ello, otro punto a resaltar en este estudio es la vertiente patrimonial que se ha insertado en el concepto del derecho a la propia imagen.

En efecto, esta nueva utilidad de la imagen impone que su protección jurídica se desarrolle en dos ámbitos distintos: uno positivo (facultad de aprovechamiento de una imagen concreta) y otro negativo (facultad de exclusión, derecho abstracto).³⁶⁴ El primero es el derecho a permitir la obtención, la reproducción y la publicación de la figura de la imagen, y el segundo ámbito es el derecho de excluir la posibilidad de la obtención o la reproducción y publicación de la propia imagen por un tercero que carece del consentimiento del titular. La convergencia de estos dos contenidos de imagen se percibe claramente en la teoría del jurista Estrada Alonso, que defiende que tal derecho es la facultad que el Ordenamiento Jurídico concede a la persona para decidir cuándo, por quién y de qué forma pueden ser captados, reproducidos o publicados sus rasgos fisonómicos reconocibles³⁶⁵. El contenido negativo del derecho a la propia imagen, sería la facultad de excluir la posibilidad de captación, reproducción, publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, y, por otro lado, el contenido positivo, o sea, la posibilidad de sacar provecho de la figura de la imagen, sería el derecho a que se venda la imagen concreta, que sea usada con su exclusivo consentimiento, en beneficio propio.

Se observa, de este modo, que en el aspecto positivo existe un matiz de publicidad comercial que atribuye la titularidad exclusiva del derecho a permitir el ejercicio de las facultades económicas de explotación de la imagen concreta (la representación gráfica de la

³⁶⁴ Cfr. 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, pgs. 151-205 (p. 194).

³⁶⁵ Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de ESTRADA ALONSO, Eduardo. "El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo" en Actualidad Civil, N° 25, Semana 18-24 de Junio de 1990 (2), XXV, pgs. 347-364.

figura, nunca la imagen humana como tal), por medio de contrato, por tiempo determinado, en que cada utilización queda supeditada al consentimiento de su titular, etc. El derecho al valor publicitario comercial de la imagen sería, entonces, el derecho de toda persona a controlar el uso comercial de la propia imagen y a obtener provecho de los valores publicitarios que haya creado u obtenido de ella. Esta vertiente comercial, explica la jurista Amat Llari, se incluye en el *right to publicity* en los Estados Unidos y en los países que siguen esta línea doctrinal³⁶⁶. Este derecho emergió cuando las personas famosas comenzaron a reclamar lesiones en su *right to privacy*, por el uso de su nombre o imagen con fines comerciales.

La dificultad en reconocer la actuación del *right to privacy* en estos supuestos motivó que los tribunales estadounidenses, a partir de los años cincuenta del siglo pasado, reconocieran el derecho de las personas famosas a ser resarcidas por el uso comercial no consentido de sus nombres e imágenes³⁶⁷. En los sistemas que adoptan el *right to publicity*³⁶⁸, que puede ser concebido como el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales, la doctrina discute sobre si se trata de un derecho de propiedad en sentido estricto o de una propiedad especial sobre un bien inmaterial³⁶⁹.

Esta última postura es la que ha logrado mayores adhesiones, ya que permite reclamar indistintamente daños morales, patrimoniales o ambos. Se ha impuesto, un sistema dualista en los Estados Unidos, que ofrece dos tutelas alternativas y diferentes en función de si resultan vulnerados intereses patrimoniales o morales en el derecho a la propia imagen. La protección de la imagen estrictamente “moral” es absorbida por el *right to privacy* y la tutela de la imagen “patrimonial” se defiende a través del *right to publicity*.

³⁶⁶ La clasificación utilizada es una opinión de la muchas que se presentan, somos conscientes de que existen muchas otras, así, por ejemplo, desde el punto de vista filosófico-jurídico AMAT LLARI, Eulalia. El derecho a la propia imagen...cit, p. 4.

³⁶⁷ Podemos analizar la teoría defendida por BARNETT, S. R. “El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia con el Derecho español”, en Revista de Derecho Mercantil, n. 237, julio-septiembre, 2000, pgs. 1229-1230.

³⁶⁸ Por presunción legal, según LÓPEZ MINGO TOLMO, op. cit., pgs. 45-6 relata la corriente doctrinal que defiende la idea del personal *merchandising*. Explica que *merchandising* es la autorización que da el titular de un derecho – marca, propiedad, intelectual o de la personalidad – a otro para la explotación del valor sugestivo de ese derecho, bien como medio publicitario o bien para su utilización como marca a cambio de una contraprestación. Es decir, se trata de un contrato en el que se paga un precio por la utilización de uso de un bien con gancho para vender (*selling power*). El contrato de *merchandising* que se refiere a los derechos de la personalidad se denominaría personal *merchandising*. Sin embargo, este autor no ve clara la diferencia entre el derecho patrimonial y el derecho de la personalidad.

³⁶⁹ Asimismo, IGARTUA ARREGUI, F., La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos...cit., p. 16.

Entiende la jurista Igartua Arregui que lo que se ha de hacer notar, sea cual sea la teoría que se defienda, es que existen dos situaciones jurídicas bien diferenciadas sobre la imagen, una más fundamentada en su protección y otra enfocada hacia su explotación³⁷⁰. A su juicio, si hubiera una regulación distinta para esas dos vertientes, se podría aclarar qué régimen jurídico de los derechos de la personalidad sería el aplicable en los supuestos de una indebida utilización de la imagen: la reclamación por enriquecimiento injusto o el cauce de la responsabilidad civil. Además, en cuanto derecho de propiedad sería transmisible, se cedería en exclusiva, no surten todos sus efectos, *in casu*, la facultad de revocación del consentimiento. Cuando menos, se reconoce que se está ante un derecho de la personalidad, pero que posee también un contenido potencialmente patrimonial.

Esta tendencia doctrinal sostiene la opinión de que la explotación comercial no desvirtúa el carácter personalista, éste influye y delimita las condiciones de realización del aprovechamiento económico de la imagen humana. Además, se alega que es muy difícil separar los aspectos comerciales de la dimensión moral de la personalidad. Aunque se haga una confusa analogía con el derecho a la propiedad intelectual, el resultado alcanzado no permitiría resolver adecuadamente los problemas que justifican esta construcción jurídica³⁷¹. La idea que subyace es que la imagen es, ante todo, una manifestación esencial de la personalidad, y el hecho de que se explote comercialmente no anula su carácter personal.³⁷²

Planteado este controvertido debate, es forzoso deducir que la protección de la imagen humana habrá siempre de tener en consideración la sociedad en la cual el sistema jurídico se encuadra. No me arriesgaría, a opinar u optar por una u otra concepción de defensa, sin antes aclarar de qué país se está hablando. Como en esta tesis enfocamos las normas constitucionales de Portugal, España y Brasil, estimamos que la corriente monista sería la más adecuada, dada la histórica influencia personalista en estos tres sistemas constitucionales. Sin embargo, cuando más adelante se examine la configuración constitucional del concepto del derecho a la propia imagen de cada uno de los citados países, se matizará esta afirmación.

³⁷⁰ En este sentido se manifiestan autores como IGARTUA ARREGUI, F. “El derecho a la imagen en la jurisprudencia española”, en *El Mercado de las ideas*, Pablo SALVADOR CODERCH, dir. Madrid, 1990, pgs. 322 - 323

³⁷¹ *Íd.*, p. 139.

³⁷² Por presunción legal, se puede mirar AZURMENDI ADARRAGA, A. *El derecho a la propia imagen...cit.*, p. 38.

El reconocimiento de este derecho, de naturaleza patrimonial, es lo que hizo posible que los tribunales permitieran que se concediera la utilización en exclusiva de la imagen de artistas. Ciertamente, un derecho patrimonial sí se puede transmitir en exclusiva, en cambio, un derecho de carácter fundamental no lo es.

La protección judicial a la imagen es fundamental, preserva la persona, simultáneamente, la defensa de componentes esenciales de su personalidad y del respectivo patrimonio, por el valor económico que representa.

2.6. Naturaleza Jurídica.

La naturaleza jurídica del derecho a la propia imagen fue el objetivo de la revuelta legal que partió de aquellos que negaban la existencia del derecho a la propia imagen, que llevó a la evolución para los que defendían la existencia del derecho a la propia imagen vinculado. Sin embargo, a algún otro derecho, consolidándose en la contemporaneidad la posición doctrinaria de que el derecho a la propia imagen es, de hecho, un derecho de la personalidad, así como es el derecho a la vida, a la integridad psicofísico, al nombre, a la intimidad, etc.³⁷³

El derecho a la imagen, antes de ser considerado un derecho autónomo, estaba dentro de otras teorías que definían el bien jurídico y la naturaleza jurídica del derecho a la imagen. Para un derecho ser considerado autónomo, es necesario verificar el bien jurídico que constituye objeto de ese derecho que es independiente de otro bien jurídico.

En esta investigación sobre el bien jurídico del derecho a la imagen, el español Gitrama González identificó siete teorías. La primera fue de carácter negativista, que ni siquiera reconoció la existencia del derecho a la imagen. Las demás teorías pretendieron establecer los contornos de definición de ese bien jurídico incorporado a otros bienes

³⁷³ Como adelante se verá, de forma contraria la Constitución Federal de Brasil y en contramano de la evolución de la ciencia jurídica, el Código Civil de 2002 inserido el derecho a la propia imagen de forma vinculada a otros derechos (honra y patrimonio).

jurídicos, como: honra; intimidad; manifestación del derecho al propio cuerpo; libertad, patrimonio moral de la persona e identidad personal³⁷⁴.

El gran número de teorías que buscan la inserción del *ius imaginis* como bien jurídicamente protegido demuestra la dificultad encontrada por los científicos del derecho que se enfrentaran a la necesidad de adaptar un 'nuevo derecho' a su realidad social. Con todo, como es común en el acontecer de un primero momento, se intentó encajar este nuevo derecho en las categorías tradicionales ya existentes, el que actualmente se muestra como incorrecto, aunque hay sido importante para la evolución del instituto.

2.6.1. Teoría Negativista.

En el final del siglo XIX e inicio del siglo XX predominó la teoría que negaba la existencia del derecho a la propia imagen. Evidentemente, esta es una teoría superada, específica de una época en que no era posible percibir la dimensión que la tecnología alcanzaría en el mundo contemporáneo, notadamente en la captura de la imagen y de la reproducción de la figura humana.

El jurista Gitrama González destacó tres argumentos de los autores de la época para negar el derecho a la propia imagen³⁷⁵.

El primero de ellos afirmaba que la protección de la propia imagen impediría la manifestación artística y su desarrollo. Argumento refutado por el autor, el arte figurativo de desenrolló muy bien sin la protección jurídica de la imagen. La protección de la imagen no impide la manifestación artística, solamente obliga que el modelo de su consentimiento para la captura de su imagen, porque “es el arte que debe estar al servicio de la persona, y no el contrario³⁷⁶”

El segundo argumento para la negación partía de la premisa de que la imagen de la persona nace con ella y, por lo tanto, no es resultado de un esfuerzo suyo, hasta concluir que

³⁷⁴ Señala GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. “Imagen” (Derecho a la propia), in Nueva enciclopedia jurídica: Tomo XI, p. 320 a 329 y CHAVES, Direito...cit., p. 37.

³⁷⁵ Autores citados por Gitrama González son: SCHUSTER; KOHLER (1903); GALLEMKAMP (1903); COVIELLO, ROSMINI, PIOLA CASELLI (1904); VENZI (1928) e PACCHIONI (1905).

³⁷⁶ Así lo establece GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. “Imagen” (Derecho a la propia), in Nueva enciclopedia jurídica, p. 320

la protección jurídica debería caer a quien captura la imagen. Para esta teoría lo que prevalecería era el derecho de autor. Argumento también alejado por el jurista Gitrama González: al afirmar que entender que el bien jurídico de la imagen se centra solamente en el derecho de autor es considerar que la imagen sólo es relevante para quien captura o crea esa imagen, para relegar la imagen en sí. Se tal raciocinio fuera plausible, continúa el autor, se podría admitir que el derecho a la vida es irrelevante en relación al derecho del fabricante de armas³⁷⁷. Con esto, estaría el ordenamiento jurídico abandonando bienes jurídicos como la imagen, la vida, por otros bienes relacionados con la creación humana y la propiedad.

Un último argumento partía de la premisa de que si las personas pueden ser vistas unas por las otras, quien fotografía alguien en la calle, sin autorización, no se lastima ningún derecho, pues quien se expone visiblemente a sus semejantes, permite que sea visto por lo tanto, no importa quien imprima la imagen de manera fugaz en la retina o de manera duradera en una fotografía. A este argumento el jurista Gitrama responde que las cámaras fotográficas son provistas de lentes teleobjetivos que captan imágenes imperceptibles para la mirada humana³⁷⁸.

Por lo tanto, la imagen "como toda expresión formal sensible de la personalidad de un hombre"³⁷⁹, en la concepción del jurista Walter Moraes, generó un debate inicial entre los juristas que indagaban: como algo tan íntimo y personal podría dar lugar a la protección jurídica y en qué sentido y amplitud? "Sino pueden impedirlos que ella se fije fugazmente en la retina de quien la contempla, parece lógico llegar a conclusión de que no se comete acto ilícito a modo de ejemplo algún pintor que reproduzca de memoria las características de una linda mujer, de un niño o niña, de un anciano o anciana"³⁸⁰, decían.

Por cierto que esta teoría no encuentra eco en nuestros días, "a los pocos se reveló que la negación del derecho de personalidad a la propia imagen era actitud impertinente; debido a que se insistía en mantener el derecho a bajo del nivel de cultura de nuestro tiempo"³⁸¹

³⁷⁷ Idem, ibidem.

³⁷⁸ Idem, ibidem.

³⁷⁹ Por presunción legal, siguiendo a MORAES, W., *Direito...cit.*, 1977, p. 340.

³⁸⁰ Apud CHAVES, *Direito...cit.*, p. 36.

³⁸¹ Así lo establece MIRANDA, P. de., *op. cit.*, p. 82.

2.6.2. Teorías que vinculan la tutela a otro bien jurídico.

Diversas teorías surgirán para considerar la protección jurídica de la imagen a otro bien jurídico (recato, honra, patrimonio, etc.). Estas teorías representarán, por cierto, avance a la teoría negativista que, como hemos visto en otra parte, simplemente negaba por completo la existencia de un derecho a la propia imagen.

Las teorías vinculativas, aunque tenían la capacidad de construir un derecho a la propia imagen como, resumido "incoherentemente el derecho a la propia imagen a un capítulo del derecho a la honra, del derecho al propio cuerpo, la intimidad, la identidad, la libertad, etc., lo que vale decir, confunde imagen con honra, identidad, etc."³⁸².

Aunque actualmente pueda hablarse de la autonomía del derecho a la propia imagen, hay que destacar que ha habido corrientes doctrinales que lo han confundido con otros derechos. La autonomía de un derecho quiere decir que éste tiene reglas y objetos propios, que se determina por sí mismo y que no confunde a otros bienes jurídicos³⁸³.

Por lo tanto, cabría identificar algunas teorías en torno a la autonomía del derecho a la propia imagen como³⁸⁴: la teoría negativista; la que lo incluye en el derecho al honor; además afirma que el derecho a la propia imagen es una manifestación del derecho al propio cuerpo; la teoría que intenta integrarlo en el derecho a la propiedad intelectual; la tesis que lo considera como expresión del derecho a la intimidad; la corriente que lo trata como un derecho de la libertad; la teoría que lo anuda a la idea de patrimonio moral de la persona y la tesis que lo considera como manifestación del derecho a la identidad personal.

En este apartado, pretendemos trabajar en las teorías más relevantes, o sea, las que pueden causar más incertidumbres, confusiones e interrogantes: las que emparentan el derecho a la propia imagen con los derechos al honor, a la intimidad y a la identidad personal. Tal absorción teórica se justifica por la patente dimensión relacional-comunicativa y por la

³⁸² En un sentido semejante vid. MORAES, W., *Direito à própria imagem (I)*...cit., v. 443, p. 67.

³⁸³ *Idem*, p. 67.

³⁸⁴ Propone GITRAMA GONZÁLEZ ("Imagen (derecho a la propia)"...cit., pgs. 320 y ss.) siete teorías. Añadimos la de la propiedad intelectual

condición de manifestación esencial de la personalidad individualizada que acentúa el carácter medial de la imagen humana.

Por ello, cuando se analizan las ofensas al honor y a la intimidad, es común creer que en una misma situación pueden aparecer vulnerados el honor, la intimidad y la imagen. En este contexto, dedicaremos un apartado a cada uno de estos bienes jurídicos, para intentar sustituir los conceptos de honor, de intimidad y de identidad personal para después desvincularlos teóricamente del derecho a la propia imagen. En relación con los demás derechos, haremos una breve y simple exposición de sus argumentos y contra argumentos que las deshonran.

Las primeras manifestaciones negaron la autonomía del derecho a la propia imagen, pues no se admitía que alguien se opusiera a la publicación o exposición de su figura, si no se perjudicaba su reputación. De acuerdo el jurista Alfredo Orgaz; “la imagen, en sí misma, no merecía protección”³⁸⁵. Se negaba la existencia del derecho a la propia imagen por considerarlo impropio o no susceptible de protección jurídica. Otros autores admitían que no podría existir dicha protección porque la persona que pasea por locales públicos, se expone a las miradas de sus semejantes.

En el mismo sentido, los juristas Rosmini, Piola Caselli, Venzi y Pacchioni³⁸⁶ rechazaron la autonomía de tal derecho al afirmar que no se podía prohibir la impresión en la mente de la imagen de una persona, así como tampoco puede negarse su externalización. Esta tesis negativista puede ser rechazada por el propio concepto de imagen que se ha ofrecido en esta investigación: representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona.

Por lo tanto, lo que el ordenamiento jurídico del Estado protege es la representación, la manifestación y no la imagen humana en sí. El Derecho no podría obstaculizar que terceros conozcan nuestra imagen, el ser humano, dado su carácter social, tiene necesariamente que

³⁸⁵ Cfr. ORGAZ, A. “Personas Individuales” Derecho Civil Argentino. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 161, apud MORAES, W. “Direito à própria imagem (I)”...cit., p. 67.

³⁸⁶ Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)”...cit. p. 323. Según el citado autor, SCHUSTER (“Enciclopedia Giuridica italiana”, vol. VI. Parte III, p. 449) defendía que “proteger y tutelar el derecho a la imagen sería atestar un golpe de muerte al arte.

relacionarse con los demás de su especie. No obstante, la teoría negativista rechazaba el derecho a la propia imagen o subsumía su protección jurídica en el derecho al honor³⁸⁷.

Sin embargo, la crítica que se hace de forma generalizada a las teorías reduccionistas del *ius imaginis* a otro bien jurídico es que, de hecho, el que el ordenamiento jurídico estaría para proteger la imagen en sí, más si la honra, la intimidad, la identidad, la libertad, etc. La teoría que aduce que el derecho a la propia imagen es una manifestación del propio cuerpo tiene su fundamento en la tesis de los derechos potestas *in se ipsum* o *ius in corpus*.

Así que, el jurista Santos Cifuentes comenta que es esta la corriente doctrinal más antigua, defendida por el jurista Keyssner, que consideraba la imagen como una manifestación del cuerpo³⁸⁸. Este autor defendía una protección absoluta del derecho a la propia imagen, incluso de la legítima defensa, para el caso de que alguien quisiera, por sorpresa y contra la voluntad del titular, hacerle una fotografía. Para sustentar que del mismo modo que el individuo tiene derecho a su propio cuerpo, lo tiene también con relación a su propia imagen, lo cual incluiría su fiel reproducción, como si fuera su sombra o su parte. Mencionamos como seguidores de esta corriente a los juristas Campogrande, Amar, Fadda y Bensa, Dusí, Carnelutti³⁸⁹.

De hecho, era habitual, en el inicio del estudio de cualquier derecho, su caracterización por medio de signos materiales. Por tal motivo, esta postura doctrinal vinculó la imagen al cuerpo humano, para intentar establecer una tesis que ofreciera mayor apoyo fáctico al derecho que en aquel momento “nacía”. Sin embargo, la contra argumentación a esta teoría descansa en la afirmación de que si se vulnerara la imagen así entendida, se lesionaría el propio cuerpo humano, lo que no corresponde a la verdad. La “lesión” del derecho a la propia imagen no implica, en absoluto, una ofensa corporal. La imagen como objeto de derecho es un bien situado en el área moral de la personalidad (incorpórea) y no en la física (corpórea). El cuerpo y su representación o manifestación no pueden confundirse³⁹⁰: una cosa es el derecho a la integridad física y otra el derecho a decidir sobre la representación

³⁸⁷ En tal sentido, ROYO JARA, op. cit. p. 20.

³⁸⁸ En este punto convenimos lo afirmado por CIFUENTES, SANTOS. Derechos personalísimos...cit., p. 503.

³⁸⁹ Según el jurista Carnelutti, el derecho sobre el propio cuerpo es un medio de protección que el ordenamiento jurídico concede al ser humano, que prohíbe a los demás todo acto del que pueda redundar cualquier mengua del mismo, en GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)”...cit., p. 325.

³⁹⁰ En esta línea, ROYO JARA, José. La protección del derecho...cit., p. 22.

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

Sin embargo, existía la posición doctrinal que defendía la imagen como evocación de la libertad, tal cual afirmaba el jurista Osterrieth, que si alguien publica el retrato de una persona, sin autorización y contra su voluntad, ofende su derecho a la autodeterminación y, por lo tanto, al libre desarrollo de su personalidad³⁹¹. En sentido análogo, entiende el jurista Royo Jara que el derecho a la propia imagen se encuadra también dentro del derecho a la libertad, éste derecho se concibe como la facultad de la persona de hacer todo lo que no esté prohibido por la ley, y en consecuencia exigir de los demás el respeto de esa autonomía privada³⁹².

Con respecto a esta teoría, es cierto que la libertad puede ser invocada para justificar cualquier acción legítima que no vaya en contra de la ley. La libertad jurídica descansa en un concepto incontestablemente amplio, identificándose con la facultad de actuar lícitamente³⁹³. La libertad así entendida es el factor principal de la dignidad humana, la manifestación práctica de la personalidad, el postulado de todos los derechos. El propio derecho de existencia sería una ficción, si no poseyera como apoyo de la libertad.

Con todo, se ha de tener en cuenta que la libertad jurídica es necesaria y imprescindible para la existencia en sí misma considerada y, a la vez, para el pleno desarrollo de todos los otros derechos individuales. Es decir, sin libertad jurídica, no cabe actuar individual o socialmente. En efecto, no se discute que el derecho a la propia imagen pueda ser una de las facetas de la libertad de la persona, sin embargo, la ofensa a este derecho de la personalidad no constituye un acto que limite la libertad del ofendido, sino que contraría una facultad de su uso exclusivo. Se trata de implicaciones jurídicas bien distintas.

³⁹¹ Así lo establece MORAES, W. "Direito à própria imagem (I)...cit., p. 74.

³⁹² Cfr. ROYO JARA, J. La protección del...cit., p. 38.

³⁹³ Para conceptuar el término libertad, exponemos tres significados básicos, sinónimo de concepciones que se entrecortaron en el decurso de la historia y que pueden ser caracterizadas como; la concepción de libertad como autodeterminación o auto-casualidad, según la cual la libertad es ausencia de condiciones de límites; la concepción de libertad como necesidad, que se fundamenta sobre el mismo concepto precedente, esto es, sobre el de la autodeterminación a la totalidad (mundo, sustancia, Estado) la cual el ser humano pertenece; La concepción de libertad como posibilidad o elección, que consiste la libertad como limitada y condicionada, es decir, finita. No constituyen conceptos distintos de libertad las formas por las cuales ella asume, libertad metafísica, libertad moral, libertad política, libertad económica, etc. Las disputas metafísicas, morales, políticas, económicas etc. acerca de la libertad son de hecho dominadas por los tres conceptos aludidos, los cuales, por lo tanto, reconducen las formas específicas de libertad en torno de la cual las disputas gravitan.

Con todo, los aliados de la introducción del derecho a la propia imagen en el patrimonio moral de la persona afirman que tal derecho conforma, junto con otros atributos de la personalidad, el patrimonio moral del individuo. Partidario de esta teoría, el jurista Walter Morales enumera las lagunas de esta teoría: 1. el uso de la metáfora “patrimonio” denota poca precisión teórica; 2. no tiene un contenido conceptual determinado, puede ser aplicada a cualquier derecho de la personalidad; 3. no debe buscarse paralelos en los derechos patrimoniales para justificar el derecho a la propia imagen³⁹⁴. Así que, compartimos la crítica que realiza el jurista, es innegable que la expresión “patrimonio moral” induce a una idea económica de moral, que no puede existir.

La teoría de asociarse el derecho a la propia imagen al el derecho de autor (o derecho a la propiedad intelectual) parte de la idea de que estos dos derechos son equivalentes. Esta semejanza justificaría la aplicación de algunas reglas de protección al derecho de autor al derecho a la propia imagen³⁹⁵. Con todo, resaltamos que la evolución histórica del derecho a la propia imagen estuvo asociada a la legislación de la propiedad intelectual. Sin embargo, si se adopta esa tesis, habría de sostenerse la absurda idea de que la imagen es un producto del ingenio humano, la afirmación de que la persona es la autora de su efigie. De hecho, la inexistencia de una regulación legislativa del derecho a la propia imagen contribuyó al

³⁹⁴ Enfatizamos la importancia histórica que el derecho de autor ha tenido en el desarrollo del derecho a la propia imagen. Acerca de esta relación entre el derecho de autor (o el derecho a la propiedad intelectual) y el derecho a la propia imagen conferir también: SAHM, Regina. “O Direito Moral de autor e o Fundamento do Direito à Intimidade” em Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: em homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, pgs. 41-51; BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005; BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. Os Povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem. Instituto Socioambiental: São Paulo, 2004; SILVA FILHO, Artur Marques da. “Noção e importância das limitações aos direitos do autor” em Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: em homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, pgs. 25-40 e “em Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n. 806, pgs. 11-27, dez., 2002; ROGEL VIDE, Carlos. Autores, coautores y propiedad intelectual. Editorial Tecnos, 1984, íd. Derecho de autor. Barcelona: Cálamo, D.L. 2002; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo I, vol. II. Reus: Madrid, 1978; VEGA VEGA, José Antonio. Derecho de autor. Editorial Tecnos S.A., 1990; VARIOS. Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (1) Derechos de autor y derecho conexos en los umbrales del año 2000, vol. 1 y vol. 2, Madrid, 1991; VARIOS. Congreso Iberoamericano sobre Derecho de autor y Derechos Conexos (3o.) 110 años de protección internacional del Derecho de autor : Berna, 1886- Ginebra, 1996 (coordinación de la edición, Ricardo Antequera Parilli, Amalia L. Robella), Montevideo, 1997; CASADO CERVIÑO; Alberto. “Interrelación entre la Propiedad Industrial y Propiedad Intelectual: su tratamiento en la vigente legislación española” en Homenaje a H. Baylos: estudios sobre derecho industrial: colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia, 1992, pgs. 97-110.

³⁹⁵ En este contexto KHOLER, “A própria imagem no direito”...cit., pgs. 52-53.

surgimiento de esta teoría, sin embargo, es incuestionable inferir que la preocupación del legislador no era el derecho a la propia imagen en sí, sino el derecho de autor³⁹⁶.

Con todo, advierte el jurista Ruiz y Tomás, que probablemente, fue el jurista Ihering el pionero a desvincular la tutela del derecho de autor del derecho del retratado, concedió al efigiado la *actio iniuriarum* para impedir o cohibir la ofensa causada a la persona por medio de la exposición, multiplicación o venta de su imagen³⁹⁷. En este contexto, desde una perspectiva autoralista, el elemento distintivo consiste en que el derecho de autor tiene su amparo en el acto creador, al contrario de lo que sucede con los derechos de la personalidad propiamente dichos. Es decir, es suficiente que falte el elemento de la creación intelectual para que un derecho como el de la propia imagen no pueda pertenecer a su ámbito ni confundirse con él³⁹⁸. Entre los dos derechos existe una distinción clara: la imagen humana no es creación de su titular.

Con todo, resaltemos que este razonamiento ya había sido empleado por el jurista Kholer, cuando planteó que lo ya creado, lo introducido en el mundo, puede quedar reservado al individuo, subtrae de la Humanidad nada de lo que ya poseía. ¿Pero crea uno su propia figura? ¿Es uno el autor de su yo corporal? ¿De su apariencia? Una creación de la naturaleza como un hombre, un florero, jamás podrá valer como bien del autor. Por tanto, a nadie se le atribuye un poder jurídico del autor sobre la propia imagen³⁹⁹.

Sin embargo, se debe admitir que para que un bien sea tutelado por el derecho de propiedad intelectual tiene necesariamente que emerger de una creación intelectual, eminentemente artificial. El artista, el autor de la obra intelectual, ejerce un acto de creación, y por ello merece protección del derecho de propiedad intelectual. De esta forma, al escultor, al pintor, al fotógrafo, al cineasta le asiste un derecho de autor, pero el artista no produce la imagen, sino que la reproduce o representa. El autor puede tener un derecho sobre la obra, no sobre la imagen de la persona en cuanto tal, lo que resulta inherente a la naturaleza humana⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Podemos analizar la teoría defendida por AFFORNALLI, op. cit., p. 44.

³⁹⁷ Por su parte RUIZ Y TOMÁS, op. cit., p. 61 (citando CAMPOGRANDE).

³⁹⁸ Cfr. VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. “Protección de la propia imagen” in Revista Interamericana de derecho intelectual, jul/dic, 1979, vol. 2, pgs. 68-103.

³⁹⁹ En este contexto KHOLER, “A própria imagem no direito”...cit., pgs. 52-53.

⁴⁰⁰ Por su parte RUIZ Y TOMÁS, op. cit., p. 61 (citando CAMPOGRANDE)

A su vez, a la persona representada le asiste el derecho a su propia imagen, que, incluso, puede ser utilizado contra el autor de las reproducciones.

Con efecto, al no sé admitir la protección autónoma de la imagen, se afirmó, por vías transversas, que ella no es bien jurídico autónomo apto a dar lugar a la protección del derecho positivo. Por intermedio de estas teorías, al sí herir a la imagen, en verdad se hiere la honra, la intimidad, la identidad, la libertad etc. Así siendo, si se analiza, todavía de modo superficial, las principales teorías vinculativas del derecho a la propia imagen.

2.6.2.1. Teoría del derecho a la imagen como derecho al honor.

En el ámbito del derecho al honor, el derecho a la imagen encontró sus primeras soluciones jurisprudencias en el siglo XIX, especialmente en los tribunales franceses, alemanes y norte-americanos. Esas primeras decisiones de derecho a la imagen se referían al retrato con fundamento en la protección del honor⁴⁰¹. Eso se dio simplemente porque la cuestión jurídica sobre el honor ocurre desde la antigüedad, y a de la imagen se relaciona al mundo moderno⁴⁰².

El honor es un bien jurídico, que punían las imputaciones difamatorias y las expresiones injuriosas, pasando por los griegos en la legislación de Sólon y los romanos que punían cualquier ofensa intencional e ilegítima a la personalidad, dentre ellas el honor⁴⁰³. También en la Edad Media, el derecho canónico se ocupó de la ofensa al honor y la fama⁴⁰⁴ e igualmente, en época más reciente, el derecho francés a través del Código de Napoleón, y el derecho alemán por intermedio del Código de 1870⁴⁰⁵, sólo por citar las legislaciones que más influenciaran el nuestro sistema⁴⁰⁶⁴⁰⁷⁴⁰⁸.

⁴⁰¹ No obstante tal asertiva, es importante frisar que hay cierta divergencia entre los doctrinadores que defienden la tesis de la teoría que vincula la protección a la imagen a la propiedad tendría que haber la primer teoría que en tese consagró el derecho a la propia imagen como bien jurídicamente protegido.

⁴⁰² Recoge a la teoría el autor MORAES, W., *Direito à própria imagem (I)*...cit., 1977, p. 345

⁴⁰³ Asimismo HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 32.

⁴⁰⁴ Así lo hace notar AQUINO, Tomás de. *Suma teológica: Seção II da Parte II*, q. 72 e q 73, p. 208 y ss.

⁴⁰⁵ Dice HUNGRIA, Nélsón. *Comentários ao Código Penal*, p. 33.

⁴⁰⁶ En la legislación portuguesa por un largo período las ofensas al honor eran resueltas por las armas. En el tiempo del rey D. Afonso IV, en lo tanto, las acciones judiciales en razón de la injúria ya eran populares, tanto que fue necesario editar la Ley de 12 de marzo de 1393, determinó que no más se admitise acción de injúria si el

Es importante aludir que el derecho al honor tuvo una importancia histórica fundamental en la afirmación del derecho a la propia imagen. Por lo tanto, esta teoría contribuyó a la discusión de la protección de la propia imagen, con decisiones jurisprudenciales del siglo XIX. El problema de esta postura es la amplitud conceptual del honor presente por varios siglos, se solía considerar un ataque al honor todas las ofensas dirigidas a la personalidad, dado el radio de actuación de la expresión injuria (injusticia o ilícito)⁴⁰⁹.

Del latín *honore*, el concepto de honor está estrechamente relacionado con los valores morales (moral, del latín *moralis*), que indican lo que es virtuoso, honesto, correcto, de acuerdo con las buenas costumbres⁴¹⁰. El origen jurídico del honor se encuentra en el Derecho Romano, cuyos indicios se reportan a la Ley de las XII Tablas, que sancionaba la injuria verbal (*convicium*), la canción difamatoria (*carmen famosum*) y el escrito difamatorio (*libellus famosus*). En principio, el concepto de honor se acercaba a la idea general de *iniuria*, que protegía a la persona frente a delitos de contornos imprecisos, que no poseían una denominación específica. La vulneración de la *iniuria* se producía cuando un acto menospreciaba, de forma intencionada y manifiesta, a una persona.

Cabe constatar que, en esta época, la noción de honor, aunque de forma primitiva, ya era conocida por los romanos. Para ellos, la idea de honor, como objeto del delito de *iniuria*,

autor de esa fianza para indenizar el réu. En caso de no probase el alegato, y mandaba punir la injúria verbal con pena arbitraria y pecuniaria (Ord. Liv. 1, Tit. 65, §25) y reputaba mayor y más grave la injúria hecha en lugar público (Ord. Liv. 5, Tit. 36, §1, Tit. 63, §1 e Tit. 89, §5). JORDÃO, Levy Maria. Commentario ao Código Penal Portuguez. Tomo IV. Typografia de José Baptista Morando: Lisboa, 1854, p. 210.

⁴⁰⁷ "Da latim honor, de que se formou o verbo honrar (de honorare), indica a própria dignidade de uma pessoa, que vive com honestidade, pautando seu modo de vida nos ditames da moral. Equivale ao valor moral da pessoa, conseqüente da consideração geral em que é tida." SILVA, op. cit., p. 687. La honra es, por lo tanto, un valor moral de cada individuo, que puede ser tanto en su aspecto moral íntimo, o sea, lo que cada uno piensa acerca de si mismo, o el modo por el cual los demás ciudadanos consideran y estiman a reputación social del individuo. O en los decires de Maria Affornalli: "Honra é o conceito que diz respeito tanto ao valor que uma pessoa tem de si própria, quanto à estima da sociedade; é a consideração social, o bom nome, o sentimento de dignidade pessoal, refletidos na consideração alheia e na própria valoração de si mesmo". AFFORNALLI, op. cit., p. 45.

⁴⁰⁸ En este punto convenimos lo afirmado por FACHIN, A. Z., op. cit., p. 63.

⁴⁰⁹ Comparten esta teoría, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Bosch Casa Editorial S.A: Barcelona, 1996, p. 15 comentando el artículo de CASTÁN VÁZQUEZ, José María. La protección del honor en el Derecho español. RGLJ, diciembre 1957, p. 692.

⁴¹⁰ El jurista Herrero - Tejedor cita a Moneva indica que etimológicamente el honor proviene del griego "ainos, alabanza". No obstante, plantea DUARTE (Fernanda... [et al.] coordinadores. Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 138) que la palabra «honra» proviene del latín *honos*, nombre de Dios de la guerra, aclamado por los militares que el invocaban para tener coraje en la batalla". HERRERO – TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen...cit., p. 76.

se conectaba a tres conceptos: a) la propia dignidad (*dignitas*), b) la estima o buena opinión (*bona fama, infamia*) c) las ventajas inherentes a una buena reputación (cómoda *bonae famae*). En la protección jurídica del honor se desarrolla un proceso que va desde la tutela exclusiva contra acciones violentas hasta la protección de las buenas costumbres, pasa por la facultad de pedir judicialmente que se reprima todo acto capaz de causar infamia a una persona. La protección comprende tanto la ofensa moral y las injurias indirectas, como las efectuadas contra objetos, incluyéndose, incluso, la inviolabilidad del domicilio⁴¹¹.

Por lo tanto, solamente habría lesión jurídicamente protegida de la imagen si concomitantemente hubiese también lesión al honor de su titular; sin más habría la tutela de la imagen si por intermedio de la utilización indebida de la imagen hubiese también la lesión al honor.⁴¹²

La imagen no sería, por tanto, para dicha teoría, un bien jurídicamente protegido, simplemente un medio de lesionar al honor, esta si es objeto de la tutela jurídica. Con todo, se puede decir que: "nessa concepção a imagem não é, pois, mais do que um instrumento de manifestação da personalidade moral do homem, cujo decoro e reputação podem vira ser violados através dela."⁴¹³

De hecho, honor e imagen son bienes esenciales al ser humano. Entretanto, no se confunden, son bienes distintos y como tal poseen protección jurídica distinta.

Como bien recuerda el jurista brasileño Walter Moraes, esta teoría, aunque tenga su mérito de representar el avance en relación con la teoría negativista pura y simple al proporcionar la evolución del *ius imaginis*, considera tal doctrina suicida, una vez que "instituir um direito sem objeto próprio: um direito à imagem cujo bem tutelado é a honra"⁴¹⁴, tiende a dejar por menos la importancia de la imagen, retirándole su necesaria protección integral.

⁴¹¹ Seguimos con el mismo autor HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, Intimidad...cit., p. 36.

⁴¹² El jurista Alfredo Orgaz afirma que la imagen no es protegida en si misma, sólo será protegida cuando hubiera perjuicio al honor objetivo o subjetivo. Se trata de una manifestación singular de protección del honor contra exhibiciones o publicaciones injuriosas comprende también todo el perjuicio o lesión a cualquier interés moral digno de consideración. ORGAZ, Alfredo. Personas individuales, pgs. 163-164.

⁴¹³ Cfr. MORAES, W., Direito...cit., v. 443, p. 68

⁴¹⁴ Idem, p. 69

Por una parte, la tesis fáctica entiende que el derecho al honor comprende una vertiente objetiva que sería el resultado de la valoración que los demás hacen de uno mismo y una vertiente subjetiva que consistiría en la valoración que cada sujeto hace de sus propias cualidades⁴¹⁵.

Resulta oportuno, antes de disociar el derecho a la propia imagen del derecho al honor, aclarar una cuestión terminológica. En Brasil y en Portugal se suele usar el término honra para denominar tal bien jurídico⁴¹⁶.

Por su parte, el jurista Pontes de Miranda utiliza una terminología distinta para definir honor u honra; afirma más exactamente que el bien jurídico se configura a partir de la suma de la dignidad personal (sentimiento y consciencia de ser digno) con la estima y consideración moral de los otros: el primer aspecto, eminentemente subjetivo, se llama honra, y el segundo, honor⁴¹⁷. Además, sostiene el jurista que la honra es fundamentalmente personal y comprende las virtudes que el ser humano posee y que lo hacen honrado, es el sentimiento de la propia dignidad. El honor, en cambio, es algo objetivo y consiste en el reconocimiento de esta dignidad por el grupo social.

En España, la diferencia de denominación entre honra y honor puede ser explicada por el hecho de que honra y deshonra son términos muy antiguos⁴¹⁸. Se usó en las leyes

⁴¹⁵ Defiende esta tesis DE COSSÍO, Manuel; Derecho al honor. Técnicas de protección y límites, Valencia, 1993, pgs. 45-46, SALVADOR CODERCH, Pablo; El mercado de las ideas, Madrid, 1990, pgs. 56 y ss., ROGEL VIDE, C.; op. cit., p. 157, MONTÓN GARCÍA, María Lidón; “Derecho al honor, intimidación y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión”, La ley, 1995-1, p. 875 y CARRILLO, Marc; “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor”, en Derecho Privado y Constitución, 1996, nº 10, p. 98. También el Tribunal Constitucional español ha defendido en ocasiones este concepto de honor en ATC 13/1981 de 21 de enero de 1981 sostiene que el honor es “el derecho que toda persona tiene a la propia estimación y a su buen nombre y reputación” y en la STC 223/1992 de 14 de diciembre de 1992 se refiere a la vulneración del honor como un desmerecimiento de la consideración ajena.

⁴¹⁶ En Portugal, como aducido en el Juicio nº 407/2007 (Processo 130/07 2ª Secção, Rel. João Cura Mariano, p. 17) del Tribunal Constitucional Lusitano es común utilizar la expresión derecho a la honra para denominar el constitucionalmente protegido derecho al buen nombre y la reputación.

⁴¹⁷ En este punto estamos de acuerdo con lo afirmado por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, t.7 y 11, 1955, apud SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. Responsabilidade civil por danos a personalidade. Barueri, SP: Manole, 2002, p. 48.

⁴¹⁸ Aunque propiamente son conceptos diferentes, es común confundir honor con honra, su deslindamiento es difícil. El honor se confunde con el concepto medieval castellano de mesura, decoro, decencia o dignidad humana. La honra, tal como se entiende en el teatro clásico español (frente al honor, que es la dignidad de puertas adentro), es la dignidad de puertas afuera y equivalente a la reputación, el prestigio, la lealtad, la opinión, la gloria o la fama: es decir, la sanción y conocimiento social del origen familiar esclarecido, que se remonta al mérito de un antepasado que, fundamentalmente por servicios militares, conquistó la nobleza (como virtud u honor). Descender de él confiere la herencia de la nobleza, en España la hidalguía (ser hidalgo o hijo de algo). Derivado del concepto viene la necesidad de fidelidad conyugal y castidad en las mujeres de la familia, garantía

españolas hasta que los Códigos españoles del siglo XIX pasaron a utilizar la palabra honor. La honra en tierras hispánicas representa una visión clasista y discriminatoria, anclada en convencionalismos, donde la dignidad se mide en términos como valentía, el saber mantener las distancias entre los distintos estamentos sociales por encima de cualquier dificultad o el mantenimiento de una conducta irreprochable en el orden sexual⁴¹⁹.

Actualmente, la honra es algo fundamentalmente subjetivo que alude a las virtudes que se posee, mientras que el honor es la buena fama o reputación que la persona merece de los demás⁴²⁰. Sin embargo, honra y honor, en un sentido lato, poseen o pueden poseer un significado equivalente, en cuanto no se especifique a que se refiera especialmente cada uno de los dos vocablos.

Para la Real Academia Española de la Lengua⁴²¹, el honor es “una calidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes” y la honra, palabra sinónimo a la del honor, es “la estima y respeto de la propia dignidad”. Sin embargo, los juristas, por las razones antes mencionadas, no suelen usar la palabra honra y, por una cuestión metodológica, nosotros usaremos el término honor para denominar tal bien jurídico⁴²².

Hecha esta matización, la teoría de la absorción del derecho a la propia imagen por el derecho al honor es una de las más relevantes. Tal postura doctrinal concibe el derecho a la propia imagen como una manifestación singular contra las exhibiciones o publicaciones injuriosas. Según el jurista Cohn (1903) del ataque a la exposición y reproducción de la imagen de una persona no cabe inferir la vigencia de un derecho a la propia imagen, sino que el derecho al honor se basta para tutelar al individuo contra éstas intromisiones⁴²³.

de que los varones hereden con la sangre la nobleza original. En el derecho el honor, la honra y la reputación están extremadamente ligadas, aunque esta última se asocia más al concepto de imagen. <https://es.wikipedia.org/wiki/Honor>. Visualizado en 18/12/2016.

⁴¹⁹ La autora afirma que no en vano la expresión “perder la honra” equivale, en el lenguaje vulgar, a la pérdida de la virginidad, y ha sido utilizada en sentencias de la primera mitad del siglo pasado con tal significado. CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. Derecho a la intimidad...cit., p. 66.

⁴²⁰ Por presunción legal, se puede seguir a LOPÉZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y el derecho...cit., p. 49.

⁴²¹ Real Academia Española (2014). «honor». Diccionario de la lengua española (23.ª edición). Madrid: Espasa

⁴²² Advierte el jurista Castán Vazquez, que “junto a las palabras honor y honra aún hay en castellano una tercera de aproximado sentido y que, como en su Semblanza de España hacía notar el hispanista francés Maurice Legendre, carece de traducción a otras lenguas: la palabra pundonor, que significa «punto de honor» o «punto de honra», y de la que se deriva un adjetivo pundonoroso, que se aplica casi exclusivamente a los toreros en las crónicas taurinas...” CASTÁN VAZQUEZ, J. M^a. “La protección al honor en el derecho español” en Revista general de legislación y jurisprudencia, diciembre de 1957, Reus, Madrid, 1958, p. 4.

⁴²³ Podemos analizar la teoría defendida por RUIZ Y TOMÁS, op. cit., p. 57.

En esta misma línea, se incluyen autores como Von Blume, Ferrara, Enrico Rosmini, Santoro Passarelli, Ravanas, Ricca-Barberis, Pachione, Coviello, Gallempark, Schuster, Venzi, Piola Caseli (entre otros), defensores de que la imagen sólo merece protección cuando su vulneración se implica, necesariamente, una ofensa al honor de la persona⁴²⁴. Tal

⁴²⁴ Para mejor estudiar la configuración jurídica del honor hay una vasta bibliografía que se podría aquí aportar. Sin embargo, puede recomendarse: ALONSO ALAMO, M. Mercedes. “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADPCP), 1983, Tomo XXXVI, fasc/mes 1, pgs. 127-152; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. El derecho fundamental al honor. Madrid: Tecnos, 1992; BUSTOS PUECHE, José Enrique. ¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor? Tecnos: Madrid, 1992; CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos De Derecho Judicial, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 1993, pgs. 105-148; CABALLERO GEA, José-Alfredo. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e Injurias. DYKINSON: Madrid, 2004; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo I, vol. II. Reus: Madrid, 1978; Varios, Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos De Derecho Judicial, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 1993; CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. Editorial Astrea: Buenos Aires, 1995; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Bosch Casa Editorial S.A: Barcelona, 1996; CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia. Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995; ESTRADA ALONSO, Eduardo. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo. Editorial Civitas: Madrid, 1989; FELIU REY, Manuel Ignacio. ¿Tienen honor las personas jurídicas? Tecnos: Madrid, 1990; HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, Intimidad y Propia Imagen. Editorial Colex: Madrid, 1994; GUERRERO LEBRON, Macarena. La protección jurídica del honor “post mortem” en Derecho Romano y en Derecho Civil. Editorial Comares, Granada: 2002; VIDAL MARÍN, T., El derecho al honor y su protección desde la Constitución española, Madrid, 2000; ROGEL VIDE, C. “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional” Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, Vol. 2, 1993, pgs. 1913-1946; GONZÁLEZ PÉREZ, J. La degradación del derecho al honor – honor y libertad de información. Madrid: 1993; LÓPEZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina. Dykinson, Madrid: 1996; RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. El derecho al honor de las personas jurídicas. Editorial Montecorvo S. A., Madrid: 1996; SALVADOR CODERCH, Pablo (director) [et al.]. El mercado de las ideas. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1990; M De COSSÍO. Derecho al honor. Técnicas de protección y límites, Valencia: 1993; SARAZÁ JIMENA, Rafael. Libertad de expresión e Información frente a honor, intimidad y propia imagen. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1995; ANDRADE, Manuel da Costa. Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996; CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. Direito da Comunicação Social, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005; CORREIA, Luís Brito. Direito da Comunicação social, vol. 1. Almedina: Coimbra, 2000; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., vol.I. Coimbra Editora: Coimbra, 2007; HOMEM, António Pedro Barbas. “O preço da honra” em Boletim da Ordem dos Advogados, nº 30, Jan-Fev 2004, pgs. 4-9; MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra Editora: Coimbra, 2002; MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira. O direito à honra e a sua tutela penal. Almedina: Coimbra, 1996; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra Editora: Coimbra, 2005; PINTO, António Marinho e. “Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e de informação” em Sub Judice, 1999.1, T. 15-16, pgs. 75-81; REBELO, Maria da Glória Carvalho. A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão. Lisboa: Lex, 1998; ARANHA, Adalberto José Q.T. de Carmargo. Crimes contra a honra. São Paulo: Saraiva, 1995; FERRARI, Amauri Pinto. Calúnia, injúria e difamação. Rio de Janeiro: AIDE, 1997; BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002; Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior, Fábio Machado de Almeida Delmanto. Código Penal Comentado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar 2000; Fernanda... [et al.] coordenadores. Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

planteamiento implica negar que la imagen tenga caracteres y consecuencias jurídicas suficientes para configurar un derecho independiente.

A través del auto-conocimiento y de la auto-evaluación, el ser humano pasa a tener consciencia de lo que es y de lo que piensa ser. Este bien de la personalidad se configura como la representación de las diversas cualidades del individuo en relación con los restantes miembros de la comunidad y permite que la persona tenga un honor individual, que forma parte de su existencia moral, un honor civil, que incluye la estimación pública, el honor político, profesional, científico, literario, artístico, comercial y otras infinitas posibilidades de la respetabilidad humana. Esa concepción fáctica de honor, por tanto, lleva a entenderlo como el conjunto de valores, cualidades morales, intelectuales que determinan el mérito del individuo en el medio en que vive; es la proyección personal a partir de la consideración ajena. Representa el valor social del individuo, está conectado a su aceptación o aversión dentro de los círculos sociales en que se desarrolla.

Sin embargo, esta teoría ha recibido numerosas críticas. Por todo ello, resulta difícil ofrecer un concepto preciso del derecho al honor, debido a que su contenido es eminentemente lável y fluido, cambiante y, en definitiva, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento⁴²⁵. El honor posee, no obstante, un doble aspecto: el subjetivo, que es la estima que cada individuo tiene de sí mismo, sentimiento personal de la propia dignidad, o sea, lo que cada persona piensa de sí misma⁴²⁶, y el honor objetivo, que es la dignidad de la persona reflejada en la consideración de los demás, es decir, que sería la buena reputación o fama. Como explica el jurista Néilson Hungria: “La vigilante consciencia de la utilidad que al individuo, en la convivencia social, adviene de la estima y favorable opinión de los otros (honor objetivo), es que apura y exalta el sentimiento íntimo de la dignidad personal (honor subjetivo)”⁴²⁷.

⁴²⁵ Cfr. STC Español 185/1989.

⁴²⁶ Así lo ha señalado VIDAL MARÍN, Tomás; *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid, 2000, pgs. 50-51 y ESTRADA ALONSO, Eduardo; *El derecho al honor en la ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo*, Madrid, 1988, p. 23.

⁴²⁷ La doctrina distinguió, por lo tanto, dos especies de honor. Una que se caracteriza como el sentimiento de la propia dignidad, denominada honor interno o subjetivo. El otro es caracterizado por el reconocimiento y respecto dirigido al sujeto por aquellos que se acercan. Su objeto es la reputación, a buena-fama, y tal especie es denominada honor externo u objetivo. Las dos especies identificadas se complementan. La necesidad humana de vivir en una sociedad impone al individuo el deseo de ser aceptado y reconocido en su grupo social. A su reputación es, por lo tanto, un bien precioso, y este reconocimiento que le trae satisfacción, permite que construya

En este sentido, el jurista Vidal Marín plantea que el honor es un derecho de la personalidad fundado en la dignidad humana, entendido como el derecho que tiene toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás⁴²⁸.

Para algunos autores la dignidad de la persona se vincula al efectivo cumplimiento de los deberes éticos⁴²⁹. En este sentido, el jurista Santos Cifuentes afirma que el honor objetivo es, precisamente, la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto, mientras que el subjetivo puede entenderse como un autovalorización o el aprecio de la propia dignidad⁴³⁰.

Acerca de la protección civil del honor, afirma el art. 2.1 de la Ley Orgánica española 1/1982 que la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen quedará delimitada por la ley y los usos sociales conforme a los actos que mantenga para sí el individuo lo cual no es sino una aplicación de la doctrina de los actos propios. Ello significa que, con mayor o menor acierto, la Ley Orgánica española 1/1982 establece que el grado de protección del honor que cada persona merece, no es igual.

Una vez definida la percepción inicial de lo que es honor, el segundo paso de ese apartado será diferenciar la protección jurídica que se confiere a éste y la que se destina a proteger la imagen de la persona. Las consideraciones que anteceden ya muestran que se está ante dos tutelas jurídicas distintas. El derecho al honor tiene por finalidad proteger la dignidad

internamente la consciencia de su propio valor moral y social, de su propia dignidad. HUNGRIA, Nélsón. Comentarios ao Código Penal: vol. VI –arts. 137 a 154, p. 37.

⁴²⁸ El honor, como bien jurídico reviste dos formas diferentes, esto es, que se da a conocer a través de dos maneras distintas y bien definidas, a saber: el honor subjetivo, y el honor objetivo. El primero se refiere a la autovaloración, esto es, el aprecio de la propia dignidad, como es el juicio que cada cual tiene de sí mismo en cuanto sujeto de relaciones ético-sociales. De otro lado, el honor objetivo es la reputación como ser social que tiene una persona, ello es, la fama que ha sabido ganarse con relación a sus pares y de la cual goza, sea la que fuere, pero connotada positivamente. VIDAL MARÍN, T. El derecho al honor y ...cit., p. 63.

⁴²⁹ La dignidad es una cualidad que le pertenece a todo ser humano por el hecho de ser tal. Constituye un atributo de la personalidad de toda persona. Así, en su Artículo 1, la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" establece que no existen personas que sean indignas o infames dice: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...] Declaración Universal de los Derechos Humanos. ESTRADA ALONSO, Eduardo. El derecho al honor...cit., p. 26.

⁴³⁰ En igual sentido, atacar directamente el honor objetivo de las personas no afectará dicha acción a la intimidad o privacidad de estas. Decir de una persona que es deshonesto (restar crédito) no significa en absoluto, lesionar su privacidad. Ello es así con carácter de necesidad, sin perjuicio de que dicho actuar afecte concomitantemente el honor subjetivo del sujeto pasivo (el hecho que se le haya imputado el adjetivo calificativo de deshonesto, puede herirlo moralmente), en tanto y en cuanto se trate de una persona física (no es así en el caso de las personas de existencia ideal). De lo expuesto se deriva que si bien existe una relación intensa entre los conceptos, los mismos no se confunden en uno sólo. CIFUENTES, Santos. op. cit., p. 456.

personalizada del individuo, que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad y para preservar la proyección externo-social que le ronda⁴³¹.

En suma, podemos decir que la protección del honor puede variar en función de la propia estima y la reputación social de la que goce cada individuo pero nunca podrá llegar a extinguirse, toda persona, de forma objetiva y uniforme, tiene derecho a que se le respete su dignidad⁴³². La dignidad sería el contenido esencial del derecho, objetivo e inmutable, mientras que la estima propia y la reputación social serían un elemento subjetivo y variable.

Por su parte, el derecho a la propia imagen busca tutelar jurídicamente la representación gráfica que se hace, por cualquier medio, de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y convierten en reconocible a la figura de la persona. Incorporan, conceptos y objetos jurídicos completamente distintos, aunque coincidan en uno de sus objetivos, que es la inviolabilidad personal. La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un individuo se produce por el simple hecho de que se le represente gráficamente, sin su consentimiento, las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que le singularizan y le hacen reconocible, sin que se produzca necesariamente un ataque a su dignidad personalizada (propia estima) o a su reputación. La vulneración de la propia imagen no ha de estar anudada a una proyección negativa que pueda repercutir en la consciencia social del conjunto de los valores sociales y personales de un individuo. El derecho a la propia imagen se centra en esencia, como hemos defendido, en proteger una exigencia individual, según la cual la persona debe ser el sujeto que consienta o no la representación de su propia imagen.

El objeto del derecho a la propia imagen no es impedir que se rebaje, que se insulte, que se desacredite, que se exponga a la persona al riesgo del odio, del ridículo o del desprecio de la gente. Tampoco el derecho a la propia imagen se orienta a prohibir que se aísle a la persona, que se genere una probable aversión de sus conciudadanos, aunque no haya descrédito en el sentido estricto. Estos últimos ejemplos de ataques son protegidos por el

⁴³¹ Cfr. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. "El derecho al honor en la...cit., pgs. 105-148 (p. 108).

⁴³² Así, se evita caer en lo que se ha dado en llamar libel-proof plaintiff, es decir, considerar que se está ante un demandante a prueba de libelos. Según esta tesis, que goza de cierto predicamento en EUA como explica SALVADOR CODERCH, P.; ¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo, Madrid, 1987, pgs. 45-48, consiste en entender que determinadas personas que no gozan de ninguna consideración social ya no pueden ser dañadas en un honor del que carecen. Lógicamente, aunque la reputación social puede incidir en un mayor o menor ámbito de protección del derecho al honor, nunca puede llegar a hacer desaparecer el derecho por lo que esta tesis es indefendible en el ordenamiento español.

derecho al honor, configuran un atentado contra la buena fama que, naturalmente, puede perjudicar la reputación de una persona y, además, ofenderla y humillarla que pueden dañar su autoestima o causar daños emocionales más o menos graves.

Así lo pone de manifiesto el jurista español O'Callaghan Muñoz, cuando menciona como uno de los posibles supuestos de doble ofensa la reproducción de la imagen personal del ofendido mediante la imagen auténtica de una persona o mediante un trucaje, fusión o superposición de fotografías y la colocación de un pie de foto difamatorio⁴³³. No obstante, se ha de rechazar la idea de que la ofensa a la imagen ha de estar inexorablemente unida al ataque al honor, aun cuando ello acontezca en los supuestos en los que la publicación de unas fotos instantáneas esté presidida por el *animus iniuriandi*⁴³⁴. Aunque existan innumerables posibilidades, estos casos de ataque concomitante a los dos derechos no son forzosamente necesarios, pues los bienes jurídicos protegidos son distintos.

No puede, tampoco, la tesis del honor explicar el derecho que tiene la persona de prohibir la publicación de su fotografía en promociones comerciales, aunque dicha publicación en sí misma sólo produjese beneficios morales⁴³⁵. El daño a la propia imagen puede caracterizarse simplemente por una captación, publicación o reproducción no autorizada de las evocaciones o expresiones visibles del aspecto físico externo que la singularizan y la hacen reconocible y, en cambio, para que exista la ofensa al honor debe vulnerarse o la estima social, o la dignidad individual/personal del titular.

El jurista brasileño Orlando Gomes, en su proyecto de Código Civil brasileño, adoptaba esta teoría cuando previa en el art. 35 la siguiente disposición:

Art. 35 - A publicação, exposição ou a utilização não autorizada da imagem de uma pessoa podem ser proibidas a seu requerimento, sem prejuízo da indenização que couber.

⁴³³ La injuria es la ofensa al honor de una persona que está presente y que se puede hacer en privado. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen...cit., p. 134.

⁴³⁴ Dependerá del ámbito sobre el cual se incurran, y puede ser tanto en el campo civil (será responsable la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o la injuria debido a que todo director sabe el contenido de la información y opinión que el periódico difunde) como penal (a través de calumnias que pueden versar sobre la atribución de un delito, o imputación de una falsedad ya por ser inexistente el delito o por haber intervenido en él la persona imputada). En el caso de la injuria es el ataque a la honra u honor subjetivo, fama y estimación de las personas. CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. Derecho a la intimidad...cit., p. 84.

⁴³⁵ Podemos analizar la teoría defendida por MORAES, "Direito à própria imagem (I)... cit., p. 69.

§ 1º. A proibição só se justifica se da reprodução resultar atentado à honra, à boa fama, à respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais.⁴³⁶

No obstante toda la evolución doctrinaria y después de la Constitución Federal brasileña tener consagrado la protección autónoma del Derecho a la propia imagen, el Código Civil brasileño de 2002 unido a la teoría que vincula la protección a la imagen a la lesión al honor, o destinado a fines comerciales.

Por evidente que haya casos en la utilización indebida de la imagen, concomitantemente, una lesión al honor del individuo o a otro bien jurídico, se dice que "há uma estreita ligação entre a privacidade, a imagem e a honra"⁴³⁷. Sin embargo, tal circunstancia no puede incapacitar el individuo de proteger a su imagen independientemente de lesión de cualquier otro objeto de protección del ordenamiento jurídico.

Esta teoría va a prevalecer, como hemos visto, en el Código Civil brasileño vigente, y la interpretación puramente del ordenamiento jurídico infla-constitucional, el ser humano quedaría desguarnecido de protección jurídica cuando a su imagen fuese indebidamente utilizada más no causase lesión a su honorabilidad. Tal exégesis no está, por cierto, en consonancia con los dictados constitucionales

Es cierto, que la consagración constitucional autónoma del derecho a propia la imagen corrobora su emancipación frente al derecho al honor, son derechos independientes, autónomos, distintos, con características propias, pero que tienen una raíz común en la teoría de los derechos de la personalidad⁴³⁸.

La tesis del honor es común, más no es esclarecedora. Aunque la violación al derecho a la imagen pueda herir, en las palabras de jurista Walter Moraes, una construcción teórica "‘suicida’, pues quiere instituir un derecho sin objeto propio, un derecho a la imagen cuyo bien tutelado es el honor"⁴³⁹.

⁴³⁶ En este punto convenimos lo afirmado por MORAES, W., *Direito...cit.*, 1977, pgs. 344-345.

⁴³⁷ En este mismo sentido se pronuncia FACHIN, A. Z., *op. cit.*, p. 64.

⁴³⁸ En este sentido la distinción que se hizo en la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 9 de junio 1967 que advierte que "no son los bienes jurídicos del honor ni el secreto personal el contenido propio y genuino del derecho a la propia imagen, porque la reproducción arbitraria de una figura humana puede no lesionar al honor de la persona producida"

⁴³⁹ Dice MORAES, Walter. *Direito à própria imagem (I)*, in RT 443, set. 1972, p. 69.

Para el jurista Walter Moraes, esta teoría no se justifica ni como tesis para fundamentar la protección jurídica de la imagen, debido a que no explica la hipótesis en que la persona ve su imagen divulgada, expuesta en situaciones que no alcanzan su honor, por ejemplo en la utilización de una fotografía de otro como si fuera propia, o en la promoción comercial en que se exalta a su belleza, que, al contrario de ofender, elogia⁴⁴⁰. El ejemplo dado por el jurista brasileño Luiz Alberto David Araújo es:

Imaginemos, para seguir a teoría expandida, a possibilidade de alguém se opor, com base no direito à honra, à veiculação de um comercial de televisão onde o indivíduo é representado como homem virtuoso, pleno de qualidades, bom chefe de família, etc. A pessoa representada teve seus dados pessoais elevados e elogiados; sua honra não foi nem de longe arranhada. Ao contrário, sua honradez e bom comportamento social foram ressaltados. No caso, outro fundamento que não o da violação da honra serviu de base para a proteção do indivíduo.⁴⁴¹

La teoría del derecho a la imagen asociada al derecho al honor es en verdad la teoría negativista atenuada⁴⁴² o, en las palabras del jurista Santos Cifuentes, una evolución de la teoría negativa⁴⁴³. El jurista Gitrama González explica que, para los defensores de la teoría, la imagen no es un objeto del derecho, es un medio por el cual se puede violar un derecho, especialmente el derecho al honor⁴⁴⁴. En fin, no es la imagen en si misma que recibe protección, y si el honor.

Parece, por tanto, que la teoría que presenta la imagen al honor se convierte en simple instrumento para herir pero depende del grado de desarrollo en que se encuentra la sociedad en general y a la ciencia jurídica.

⁴⁴⁰ Idem. Del mismo entendimiento: TEPEDINO, Gustavo. Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República, v. 1, p. 55, y SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem, p. 51.

⁴⁴¹ Por presunción legal, se puede seguir a ARAÚJO, op. cit., p. 35.

⁴⁴² Señala BERTI, Silma. Direito à própria imagem, p. 85

⁴⁴³ Asimismo, CIFUENTES. Santos, Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Deanima, 1995.

⁴⁴⁴ Por presunción legal, mirar a los autores Gitrama González cita entre los autores que defienden la teoría del derecho a la imagen como manifestación del propio cuerpo: AMAR, CAMPOGRANDE, FADDA y BENZA, GAREIS, DEGNI y CARNELUTTI. Op. cit., p. 325. Santos CIFUENTES cita también KEYSSNER e ROMANELLI. (Idem, ibidem.)

2.6.2.2. El derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad.

Este apartado, se trata de ofrecer un análisis claro del concepto comprendido en el derecho a la intimidad para, a partir del mismo, estudiar qué aspectos del derecho merecen un especial análisis en relación al derecho a la propia imagen.

Muchas veces el derecho a la propia imagen se aproxima de la intimidad, una vez que, al se fotografiar, retratar, filmar a alguien, se captura el instante, la fracción de tiempo, vivida por aquella persona (sea evidente que en ese caso no se trata de profesionales, modelos o actores, en el ejercicio de sus funciones). Ese momento único e irrepetible se eterniza por medio de la imagen captada. Dicho momento en teoría sólo debe interesar a aquella persona que lo vivencia. Al captar la imagen de alguien sin su consentimiento en situaciones vividas en ámbito particular se invade su intimidad.

Antes de abordar el debate sobre el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad, se hace necesario realzar algunas precisiones terminológicas sobre la palabra intimidad. Del latín *intimus*, intimidad es lo más recóndito, *in eo sagrario intimo*, lo interior, lo secreto, lo profundo, de confianza. También se extrajo el término intimidad de las expresiones del latín *intima amicitia* (amistad íntima), es decir, lo íntimo no debe divulgarse sin el consentimiento de la persona⁴⁴⁵.

Así lo sagrado y lo secreto se correlaciona. Secreto viene de *secerno*: separado, apartado, alejado, es decir, la persona aparta a los extraños de su intimidad. Por ello, deberían coincidir separado y secreto. Sin embargo, usualmente ambos términos se distinguen, lo secreto refuerza el valor de lo privado, secreto es aquello que se esconde, y privado lo que no se quiere dar publicidad. En el ámbito jurídico, es común la utilización de la palabra reserva⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Según la Real Academia Española

⁴⁴⁶ A los adjetivos público y secreto corresponden los sustantivos publicidad y secreto. La lengua italiana corriente no tiene un sustantivo abstracto correspondiente a privado, se dice privación como publicación, pero no privacidad que traduciría el inglés privacy. CARNELUTTI prefiere vida privada (vid. HERRERO TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen...cit., p. 74). El derecho a la intimidad en Italia se llama "diritto alla riservatezza" y su núcleo originario es el derecho a estar sólo para proteger una esfera personal de la vida privada. Se encuentra en los art. 2, 13, 14, 15 de la Const. Italiana. Con el tiempo este derecho ha extendido su radio de acción: se habla de diritto alla privacy es decir no sólo diritto alla riservatezza sino también derecho de

No obstante, entre reservado y privado hay una diferencia: se puede vivir privadamente sin vivir reservadamente; la reserva es más una disposición del ánimo que un modo exterior de vivir⁴⁴⁷. Por su parte, el término privacidad es un anglicismo, proviene de *privacy (right to privacy)* y tendría como correspondiente el latín *privatus* (privado, propio, individual, personal: *in privato*). Se ha formulado la *privacy* en términos de secreto, autonomía, individualidad, desarrollo de la personalidad, libertad de elección en asuntos personales, como sustrato esencial de la inviolabilidad de la dignidad personal, y, actualmente, se reivindica como derecho a controlar la información sobre si mismo.

El jurista Santos Cifuentes sustenta que intimidad y privacidad son conceptos equivalentes, así como la distinción de que la intimidad comprende situaciones más reservadas y privacidad de situaciones que no son públicas, tan poco íntimas⁴⁴⁸, constituye no más en el detalle de un fenómeno entero y único que es la intimidad.

La intimidad, en la definición del jurista Walter Moraes, “comprende esfera exclusiva da vida privada de cada um, velada à indiscrição alheia⁴⁴⁹”, y la propia imagen participa de esta esfera privada así como el secreto y la correspondencia. De ese modo, si la propia imagen es componente de la intimidad individual, quien capta la imagen de otro sin su consentimiento, invade su intimidad.

Efectivamente, la justificación lógica de la intimidad se encuentra en la proyección de los principios de la libertad y de la dignidad. La dignidad humana confiere a la persona, en cuanto ser inteligente, libre y responsable, una autonomía necesaria para conducir su vida con relación a los valores que absorbe, a los fines que se propone, a la toma de decisiones y a la reflexión de los resultados de sus actos. Dicha autonomía presupone que cada persona posee un ámbito íntimo, en el que se puede retirar, reflexionar y que los demás no puedan violar, sea

controlar el acceso y la divulgación de las propias informaciones. Hoy en día este derecho está contemplado y regulado en el Dlg. 196/2003 (llamado también de Codice della privacy), el cual ha reformado la Ley 675 del 1996. El art. 2 del Dlg. 196/2003 habla de “diritto alla riservatezza, all'identità personale e alla protezione dei dati personali.

⁴⁴⁷ Por su parte HERRERO TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen...cit., p. 74

⁴⁴⁸ Para ilustrar esa situación, Vazquez FERREYRA exemplifica, en el caso de los practicantes de deportes en el club en el final de la semana, que no se trata de una situación íntima, más pertenece a su vida privada (Responsabilidad Civil por Lesión a los Derechos de la Personalidad, in Derecho de daños: segunda parte. Buenos Aires: La Rocca, 1996). El ejemplo es citado indirectamente por BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil: Arts. 5º a 17, p. 64; expresamente por CIFUENTES. Santos (Derechos personalísimos, p. 547) y por SANTOS, Antonio Jeová (Dano moral na internet, p. 178).

⁴⁴⁹ MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I), in RT 443, set. 1972, p. 70.

conociéndolo ilícitamente, documentándolo, divulgándolo, molestándolo o sacando algún provecho: se trata, del derecho de estar sólo (*right to be alone*)⁴⁵⁰.

La intimidad resulta, por lo tanto, indispensable para ponderar la tensión que la presencia de los demás inevitablemente produce. El individuo necesita tener una libertad personal para el ejercicio de su intimidad, conveniente e imprescindible para cualquier decisión personal (política, económica, afectiva, social, etc.)⁴⁵¹. Por ello, se ha de concluir que la protección que reivindicaba la intimidad comprende los supuestos aspectos que el titular quiere, *ad libitum*, excluir de divulgación, es decir, un “direito a uma área de acesso limitado, uma zona pessoal, em nome de valores como a dignidade, a individualidade, a autonomia, a confiança e mesmo o bem estar físico e psicológico⁴⁵²”.

Entretanto, conviene separar los conceptos: derecho a la propia imagen y derecho a la intimidad. A posteriori, los autores Dusi y Stolfi defendieron que la salvaguardia del derecho a la propia imagen tenía su fundamento en la protección ofrecida a la vida íntima de las personas frente a las indiscreciones o intromisiones ajenas⁴⁵³. Con el mismo razonamiento, define el jurista De Cupis, el derecho al resguardo como la facultad de la persona de sustraerse al conocimiento de los demás y aduce que una de las manifestaciones más importantes del derecho al resguardo es el llamado derecho a la propia imagen. Al vulnerarse tal derecho, el cuerpo y sus funciones no sufren alteración, pero se verifica un cambio de discreción con relación a la persona, además de una modificación de carácter moral⁴⁵⁴. De este modo, se considera el derecho a la propia imagen como un instrumento de salvaguardia del derecho a la intimidad.

Entre los autores que adoptaran este posicionamiento, se encuentra Adriano de Cupis⁴⁵⁵, para quien el derecho a la imagen es una de las manifestaciones del derecho de

⁴⁵⁰ Por su parte CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação social...cit.*, p. 594

⁴⁵¹ En este sentido CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. “A disciplina normativa brasileira...cit, pgs. 56-84.

⁴⁵² Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...cit.*, p. 793.

⁴⁵³ Defiende esta teoría GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)” en *Nueva Enciclopedia...cit.*, p. 327.

⁴⁵⁴ En este sentido DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade...cit.*, p. 129.

⁴⁵⁵ Con todo, antes de analizar el posicionamiento del autor es preciso hacer una breve referencia al significado de la palabra “riservatezza”. El traductor brasileño de la obra para el portugués prefiere la palabra “resguardo” como la más apropiada para expresar la idea (Adriano de Cupis, *Os direitos da personalidade*, p. 140, nota del traductor). Otros autores, como Serrano Neves, comentan la obra de Adriano Cupis que utilizan la expresión “reserva personal” (*A tutela penal da solidão*, p. 71). Walter Moraes prefiere la palabra “intimidad” (*Op. cit.*, p. 70), denominación esta adoptada en este trabajo. E Gitrama González se utiliza de la expresión “reserva de la

resguardo, y la violación a ese derecho no alcanza el cuerpo o altera cualquier de sus funciones (alusión del autor a la teoría que entiende el derecho a la imagen como manifestación del propio cuerpo). Así, en razón de la necesidad del sujeto proteger su individualidad, se crea el derecho propio de resguardar a su imagen⁴⁵⁶.

La idea defendida por esta corriente es que la imagen pertenece, primordialmente, a la intimidad del retratado. Se entiende, que la representación de los rasgos físicos de un individuo comporta un atentado a un aspecto íntimo y, en este sentido, la vulneración a la propia imagen sería una ofensa a la intimidad, porque sólo cuando la tutela de la propia imagen se presta a proteger este ámbito íntimo, de reserva personal frente a intromisiones ilegítimas, para el mantenimiento de una calidad mínima de la vida humana, se confiere eficacia jurídica al bien jurídico de la imagen. El aspecto físico de la persona se concibe, desde esta perspectiva, como el primer elemento configurador de la intimidad, en cuanto medio básico de identificación y proyección externa y como factor ineludible para el reconocimiento del individuo⁴⁵⁷.

En España, la denominación más frecuente es la de intimidad, que se define en el art. 18.1 de la Constitución de 1978: donde “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. No obstante, también se ha adoptado el vocablo privacidad, para hacer referencia a la “vida privada”⁴⁵⁸.

vida privada” (Op. cit., p. 326)

⁴⁵⁶ Ya avanzada las teorías de los autores CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade, p. 140. Del mismo entendimiento: DIEZ-PICASO, Luís y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho civil: introducción, derecho de la persona, negocio jurídico, p. 324. CHAVES, Antonio. Tratado de direito civil: Parte Geral, vol. I, p. 540. Pontes de MIRANDA, por su vez, rechaza expresamente el posicionamiento de Adriano de Cupis (Tratado de direito privado: parte especial: tomo VII, p. 115).

⁴⁵⁷ En el sentido semejante RUIZ MIGUEL, Carlos. La configuración constitucional del derecho a la intimidad...cit, p. 111, comentando la STC 99/1994.

⁴⁵⁸ Para corroborar esta línea de pensamiento, es pertinente hacer referencia a los planteamientos de SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO (Editor). Estudios sobre el derecho a la intimidad. Madrid: Tecnos, 1992; BELLO JANEIRO, Domingo. “La protección de datos de carácter personal en el derecho comunitario” em Estudos de Direito da Comunicação, António Pinto Monteiro (coord). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002, pgs. 27-64; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo I, vol. II. Reus: Madrid, 1978; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Bosch Casa Editorial S.A.: Barcelona, 1996; IGLESIAS CUBRÍA, Manuel. Derecho a la intimidad. Universidad de Oviedo, 1970; CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia. Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. Derecho a la intimidad. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998; 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, pgs. 543-625; GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa. El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O 5/1992, de 29 de octubre, de

Además de esta relevante diferencia, aunque resignado por la absorción del término privacidad en la cultura jurídica iberio-brasileña, no pensamos que sería adecuado traducir *privacy* por intimidad, como ya se ha explicitado anteriormente, sino que sería más coherente que se tradujera como vida privada. Por ello, quisieramos intentar depurar los elementos de la distinción privacidad/vida privada/intimidad, para rechazar la usual inclusión formal que se hace del bien de la propia imagen en la intimidad.

Centrándonos en los textos constitucionales, en Brasil, en el iter constituyente se estableció la diferencia entre vida privada e intimidad en el inciso X del artículo 5º, de la Constitución de 1988, que señala que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e

regulación del tratamiento automatizado de datos personales. Institut de Ciències Polítiques i Socials: Barcelona, 1994; FARIÑAS MATONI, Luis M.a. el derecho a la intimidad. Editorial Trivium: Madrid, 1983; GARRIDO GÓMEZ, María Isabel: “Datos personales y protección del ciudadano”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 87, 1997; pgs. 71-97; FAYOS GARDÓ, Antonio. Derecho a la intimidad y medios de comunicación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad. Aravaca (Madrid): McGraw- Hill- Interamericana de España, 1998; RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. “La intimidad genética: perspectivas desde la autonomía individual” en Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas (coord. António Ruiz de la Cuesta), Universidad de Sevilla, 2005, pgs. 225-244; GARCÍA GARCÍA, Clemente; GARCÍA GOMEZ, Andres. Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica. Murcia, 1994; GARCÍA GARCÍA, Clemente. El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional. Murcia: Universidad de Murcia, Departamento de Derecho civil, 2003; GARCÍA VITORIA, Aurora. El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1983; HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, Intimidad y Propia Imagen. Editorial Colex: Madrid, 1994; CABALLERO GEA, José-Alfredo. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: calumnias e injurias. DYKINSON: Madrid, 2004; MEDINA GUERRERO, Manuel. La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2005; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. “La Protección de datos en la Administración de Justicia” en Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías, Cuadernos de Derecho Judicial IX, 2004, pgs. 223-263; LOPÉZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina. Dykinson, Madrid: 1996; MADRID CONESSA, Fulgencio. Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho. Universidad de Valencia, 1984; MORALES PRATS, Fermín. “Protección de la intimidad: delitos e infracciones administrativas”, La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos) (dir. José María Alvarez-Cienfuegos Suárez), Cuadernos de Derecho Judicial, Nº. 13, Madrid, 1997 pgs. 39-86; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. El derecho a la autodeterminación informativa. Editorial Tecnos: Madrid, 1990; PALOMINO, Rafael. Derecho a la intimidad y Religión: la protección jurídica del secreto religioso. Editorial Comares: Granada, 1999; PIERINI, Alicia; LORENCES Valentín, TORNABENE María Inés. Hábeas data: derecho a la intimidad: derecho a informar, límites, censura. Buenos Aires Universidad, 1999; RUIZ MIGUEL, Carlos. La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Tecnos: Madrid, 1995; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. “El derecho a la intimidad” en Honor, Intimidad y Propia Imagen. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pgs. 11-61; WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. El derecho a la intimidad, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Madrid: Civitas, 1995; SALDAÑA DÍAZ, María. “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica” en Araucaria: Revista Iberoamericana Filosofía, Política y Humanidades, Año 8, Nº 18, Segundo semestre de 2007, pgs. 85-115; PÉREZ LUÑO, A. E. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecnos, Madrid, 2005, pgs. 321 y ss.; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional. Civitas, Madrid, 1993; BEJAR, H. El ámbito íntimo. Alianza Editorial, Madrid, 1990; GÓMEZ PAVÓN, P. La intimidad como objeto de protección penal. Ediciones Akal, Madrid, 1989; MIGUEL CASTAÑO, Adoración de. “Libertad de información y derecho de intimidad: medios para garantizarla: Incidencia en el ámbito de la estadística, in: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense–RFDUC (Ejemplar dedicado a: Informática y derecho), n. 12, septiembre, 1986, pgs. 165-196.

a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. No obstante la denominación constitucional de tales figuras jurídicas, la doctrina, sigue la jurisprudencia brasileña, ha elegido el uso de la expresión “direito à privacidade”⁴⁵⁹, *lato sensu*, para aludir a la intimidad y a la vida privada⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Antes de la importación de tal término, al adjetivo privado o privativo le correspondía el sustantivo privatividad como relata Jabur; “É comum referir-se à vida privada evocando os substantivos intimidade e privacidade. Os dicionaristas mais modernos tratam-nos como sinônimos. Privacidade é anglicismo, veio de *privacy*. Antes da importação do vocábulo, ao adjetivo privado ou privativo correspondia o substantivo privatividade. No campo prático, invocar um ou outro termo não implica qualquer minoração protetiva” (...) “Em visão mais técnica, o direito à vida privada posiciona-se como gênero ao qual pertencem o direito à intimidade e o direito ao segredo. A vida privada é a esfera que concentra, em escala decrescente, outros direitos relativos à restrição de vida pessoal de cada um, imposta na medida em que a intimidade se for restringindo”. El concepto de *privacy*, como se ha relatado anteriormente por Saldaña Díaz, además de haber sido concebido en un ambiente cultural y jurídico muy distinto del brasileño, atiende a necesidades distintas. El right to *privacy* ocuparía el lugar del derecho general de la personalidad en la doctrina alemana, asume, un carácter demasiado amplio, en nuestra opinión, para que se aplicara literalmente a la sistemática jurídica de Brasil. JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pgs. 255-256.

⁴⁶⁰ *Vid.* COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004; BITTAR, Carla Bianca. “A Honra e a Intimidade em face dos direitos da personalidade” *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, pgs. 121–132; ATHENIENSE, Alexandre. “As transações eletrônicas e o direito de privacidade” in: *Fórum administrativo*, v. 2, n. 19, pgs. 1170-1177, set. 2002; BESSA, Leonardo Roscoe. O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997; DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1990; JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; VIEIRA, S. Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*, São Paulo: J. de Oliveira, 2002; PAIVA, M. Antônio Lobato de. “Autodeterminação informativa” in: *Direito Administrativo: temas atuais*, Leme, SP: LED, 2003, pgs. 675-705; FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000; CACHAPUZ, M. C. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006; GONÇALVES, L. de Carvalho Ribeiro. “Abordagem constitucional do banco de dados” in: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v.2, n.7, pgs. 56-68, fev./mar. 2006; RAMOS, A. de Carvalho. “O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil” in: *Revista de direito do consumidor*, n.53, pgs. 39-53, jan./mar. 2005; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001; RODRIGUES, N. Cunha. “Direitos do consumidor e os arquivos de consumo” in: *Boletim dos Procuradores da República*, v. 5, n. 64, pgs. 21-31, ago. 2003; DONEDA D. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; QUEIROZ, D. Duarte de. “Privacidade na Internet”, in *Direito da Informática Temas polêmicos*, Demócrito Reinaldo Filho (coord.), Bauru, SP: Edipro, 2002, pgs. 81-96; COUTO, A.C. Felipe do. “Os cadastros restritivos de crédito” em: *Informativo jurídico consulex*, v. 17, n. 42, p. 11, 20 out. 2003; CARVALHO, A. P. Gambogi. “O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos” in: *Revista de direito do consumidor*, n. 46, pgs. 77-119, abr./jun. 2003; LIMBERGER, T. “A informática e a proteção à intimidade” in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 8, n. 33, pgs. 110-124, out./dez 2000; CASTRO, L.F. Martins. “Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro” *Edipro*, 2005, pgs. 81- 96; COUTO, A.C. Felipe do. “Os cadastros restritivos de crédito” em: *Informativo jurídico consulex*, v. 17, n. 42, p. 11, 20 out. 2003; SILVA, Fernando Cinci A.; RIBEIRO DO VALLE, Regina. “Direito Institucional: auto-regulação da internet” em *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*, Regina Ribeiro do Valle, (organizadora). São Paulo: Usina do Livro, 2005, pgs. 245-254; LEWICKI, Bruno. “Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada” in *Revista Trimestral*

En la República Portuguesa, el artículo 26º.1 de la Constitución de 1976, establece que “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”. Un análisis literal del precepto muestra que la propia redacción del texto constitucional lusitano hace una neta distinción entre reserva, intimidad y vida privada. En suma, lo que se constata, en tierras portuguesas, es que también se suele usar el término privacidad, como un concepto que comprende tanto la vida privada como la intimidad.

Como resalta el jurista González Mura, al analizar la derogada Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (Ley 5/1992), “nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad. Aquélla es más amplia que ésta, en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado⁴⁶¹”. Se infiere que el término español intimidad es más restrictivo y posiblemente más intenso que el inglés *priva*⁴⁶², y que el anglicismo *privacidad*, ante la adopción masiva por los países ibéricos y por Brasil, debe entenderse referido a la *vida privada*.

Hay quien entiende que existe un concepto estricto de intimidad que englobaría sólo aquellos elementos que hacen referencia a aspectos especialmente íntimos y reservados o

de Direito Civil RTDC, v. 7, nº 27, pgs. 211-219, jul./set., 2006.

⁴⁶¹ GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa. El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales. Institut de Ciències Polítiques i Socials: Barcelona, 1994, passim

⁴⁶² El derecho contra la invasión de los derechos a la intimidad por el gobierno, corporaciones o individuos garantiza en muchos países mediante leyes, y en algunos casos, la constitución o leyes de privacidad. Casi todos los países poseen leyes que en alguna medida limitan la privacidad, por ejemplo las obligaciones impositivas normalmente requieren informar sobre ingresos monetarios. En algunos países la privacidad individual puede entrar en conflicto con las leyes que regulan la libertad de expresión, y algunas leyes requieren el hacer pública información que podría ser considerada privada en otros países o culturas. MIGUEL CASTAÑO, Adoración de. “Libertad de información y derecho de intimidad...cit., pgs. 165-196.

elementos secretos en relación a los cuales se ha guardado especial celo para que no sean conocidos o divulgados⁴⁶³.

A su vez, los juristas Herrero Tejeda y Gitana González tras analizaren el artículo 18.1 de la Constitución Española⁴⁶⁴, al cuestionar que la dicción constitucional parece apuntar a la existencia de un denominador común en los intereses que garantizan el honor, la intimidad y la propia imagen⁴⁶⁵. Los tres hacen referencia a un ámbito de reserva de la vida privada, personal y de libertad a un reducto del que el titular puede pretender el señorío absoluto, que excluye injerencias de terceros. De algún modo, estos derechos delimitan una esfera privada de la personalidad. La tensión que acompaña estos derechos reside en su actuación en la esfera pública y la protección de la privada.

Sin embargo, es importante recordar la estricta conexión entre la imagen y la intimidad de la persona⁴⁶⁶, debido a que ambas otorgan al particular el derecho exclusivo de autorizar tanto el uso de la imagen, cuanto la intromisión en su vida íntima y privada, entre que representa para todos los demás la obligación de no herir tanto la imagen en cuanto a la intimidad ajena.

Así que, parte de la doctrina defiende la intimidad como la posibilidad de excluir a los demás de la esfera de la vida privada⁴⁶⁷. En este sentido, podemos decir que el derecho a la intimidad nace como un derecho de defensa que permite al individuo reservar un ámbito territorial y vital en el cual puede excluir cualquier injerencia de extraños. Se trata de la posibilidad del individuo de aislarse frente a los demás, mantiene un reducto de su espacio vital al margen de la sociedad y de las relaciones con los demás. Así lo recoge el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 cuando dice “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de

⁴⁶³ En esta línea CABEZUELO ARENAS, A.L.; op. cit., p. 39.

⁴⁶⁴ Resaltemos que la protección jurídica del derecho a la intimidad esta asegurada en el ordenamiento jurídico español en el art. 18 CE, donde este derecho es reconocido como un derecho fundamental inherente al individuo que deriva de su personalidad y su dignidad y que como tal es el fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE).

⁴⁶⁵ En este sentido HERRERO TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen...cit., p. 73.

⁴⁶⁶ El autor Lindon, citado por Silma Bertí, afirma: "A imagem seria o que há de mais sagrado na vida privada". Veamos en: BERTI, op. cit., p. 72.

⁴⁶⁷ Así, DE LA VÁLGOMA, María; “Comentario a la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en Anuario de Derechos Humanos, 1983, Tomo II, p. 657, HERRERO-TEJEDOR, F.; Honor...cit., p. 78 y ROMERO COLOMA, Aurelia María; Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal, Madrid, 1987, p. 29.

ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Por lo tanto, podemos decir que la doctrina que vincula la protección de la imagen a la protección de la intimidad, que "comprende una esfera exclusiva de la vida privada de cada uno, velada a la indiscreción ajena"⁴⁶⁸, defiende la tesis de que la imagen solamente debe ser tutelada en la medida en que se viola a su intimidad, o sea, la imagen estaría, por vías transversales, inserida en el ámbito de protección de la intimidad del sujeto.

Sobresaltamos que esta idea es compartida por RAVANAS, quien subraya que si bien no debe identificarse el derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, tampoco debe establecerse una rígida separación entre ambos, en el derecho de la persona contra la explotación comercial de su imagen es distinta del derecho al respeto a su intimidad, pero la protección contra la investigación y la revelación por la imagen de esa parte de su vida que el público no tiene interés legítimo en conocer, el derecho a la propia imagen se enlaza, en cambio, con el derecho al respeto de la vida privada⁴⁶⁹.

En la misma línea, el jurista Carrillo ha sostenido una noción del derecho a la propia imagen próxima a de la vida privada, donde el componente moral no puede quedar oscurecido por la necesaria tutela de los intereses económicos que, en su caso, objetivamente aparezcan⁴⁷⁰. En este contexto, es incuestionable que tanto el derecho a la propia imagen como el derecho a la intimidad tienen por objetivo la protección de la inviolabilidad personal, considerada ésta como la principal línea de defensa de los derechos de la personalidad. Esta idea está presente, como anteriormente se ha visto en las Declaraciones de Derechos de la pos-guerra, las cuales reconocieron, sin demasiado rigor técnico, algunos derechos de la personalidad dentro de los derechos humanos, principalmente la vida privada (o la intimidad) y el honor.

Se viola la intimidad de otro quien capta imagen de terceros sin su consentimiento en cuanto este estuviera en su momento de resguardo⁴⁷¹. Para esta concepción doctrinaria, la

⁴⁶⁸ Cfr. MORAES, W., *Direito...cit.*, 1977, p. 346.

⁴⁶⁹ En el supuesto de ejercicio de estas acciones, como señala RAVANAS. *La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image*, París, 1978, pgs. 545 y ss.

⁴⁷⁰ Una previsión semejante se contiene, asimismo, con CARRILLO, Marc. "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental" en *Revista Jurídica de Asturias*, n. 18, 1994, pgs. 7-30

⁴⁷¹ Una de las manifestaciones importantes del derecho al resguardo es el llamado derecho a la imagen. CUPIS,

imagen de la persona compone a su esfera de intimidad, se entiende que aquella es sólo apenas y tan solamente una expresión y continuidad de esta.

Proteger a imagem, então, significaria proteger a vida íntima das pessoas [...] O direito à imagem seria um dos aspectos de um direito mais abrangente: o direito à intimidade. Noutras palavras, o direito à imagem estaria contido no direito à intimidade. Assim, quando a intimidade fosse violada, estariam violados também todos os direitos que a integram e, dentre eles, o direito à imagem.⁴⁷²

Así que, es común que la violación del derecho a la imagen acarree también a la violación del derecho a la intimidad del individuo. Con todo, no significa que hay una subsunción de la imagen en la intimidad; ambas representan bienes jurídicos que deben ser tutelados distintamente y como tal deben ser objetos de protección jurídica de manera distinta y específica, a la vez que "la hipótesis de la usurpación de la imagen requiere para sí una posición independiente de la intimidad, sin embargo toma valor que adhiere directamente a la personalidad"⁴⁷³.

Por lo tanto, la imagen por sí sola no es protegida, más si la intimidad de su titular. En este sentido:

Desta forma, levando em conta apenas um dos possíveis aspectos do direito à própria imagem (sua atinência à esfera privada do indivíduo), esta teoria o reduz a mera expressão de outro valor distinto, como é a intimidade. [...] É teoria reduccionista no que tange à proteção jurídica da imagem, e por tal insuficiente.⁴⁷⁴

No obstante, la acertada y progresista intención proteccionista de estos "textos universales", de enumerar algunos bienes jurídicos personales que habían de merecer protección jurídica, no puede servir de fundamento para confundir la autonomía jurídico-

op. cit., p. 146.

⁴⁷² Por su parte, FACHIN, A. Z., op. cit., p. 60.

⁴⁷³ Puede señalarse que este derecho a la imagen, es distinto o goza de autonomía, del derecho a la intimidad o del honor; el bien jurídicamente protegido en estos, son la privacidad y la honra o reputación, frente al ámbito de la autonomía individual de consentir o no la divulgación de la imagen del titular. Pese a ello se puede a través de la violación al derecho a la imagen menoscabarse las otros dos. MORAES, W., *Direito...cit.*, v. 443, p. 71.

⁴⁷⁴ Por presunción legal, siguiendo a BARBOSA, op. cit., p. 39.

constitucional del derecho a la intimidad y del derecho a la propia imagen. Se ha de interpretar que estos bienes de la personalidad tienen un propósito común, pero no poseen un objeto jurídico idéntico. Como señalan los juristas Gomes Canotilho y Vital Moreira, la teoría intrínseca de los derechos de la personalidad justifica el derecho al secreto del ser (derecho a la propia imagen, derecho a la voz, derecho a la intimidad de la vida privada, derecho a practicar actividades de la esfera íntima sin vídeo-vigilancia)⁴⁷⁵, pero ello no significa que toda esta categoría de derechos se incluyan bajo el mismo *nomem iuris*.

De hecho, es cierto que el carácter medial de la imagen, como ya nos hemos defendido, facilita que constantemente se relacionen y se manifiesten ofensas a otros derechos que poseen la misma raíz histórica (honor e intimidad). Pero esta circunstancia, a pesar de ampliar el grado de dificultad a la hora de distinguir entre el derecho a la propia imagen y otros derechos, no puede eliminar su autonomía.

Con relación a este razonamiento, el jurista Pascual Medrano resalta que no es la intimidad personal lo que de forma primaria se salvaguarda con la protección autónoma del derecho a la propia imagen, sino que es la imagen en sí, como atributo de la personalidad propio e individualizador de cada persona⁴⁷⁶. En el mismo sentido, también entiende el jurista Cremades, que la intimidad hace referencia exclusiva al núcleo de la personalidad, oponiéndose a su vulneración, y el derecho a la propia imagen se identifica con la esfera relacional exterior de este núcleo⁴⁷⁷.

Por otro lado, considera el jurista O'Callaghan que puede vulnerarse uno u otro derecho, o ambos, o incluso lesionarse el derecho a la intimidad a través de la imagen, pero sostiene que la jurisprudencia, en general, ha separado los derechos de la intimidad y de la propia imagen, aun reconoce su cercana relación, esto es, que son derechos de la personalidad⁴⁷⁸.

Sobre esta diferenciación, el jurista Lucas Murillo de la Cueva argumenta que el honor y la propia imagen son formas positivas de la personalidad que se manifiestan

⁴⁷⁵ En el supuesto de ejercicio de estas acciones, como señala CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada...* cit., pgs. 458-459.

⁴⁷⁶ Cfr. PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen...*cit., p. 54.

⁴⁷⁷ En este sentido discrepamos de CREMADES, Javier. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. La Ley: Madrid, 1995, pgs. 219 y ss.

⁴⁷⁸ En el supuesto de ejercicio de estas acciones, como señala O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen..."cit., pgs. 543-625.

normalmente en público. Afirma que son estos derechos diferentes de la intimidad, que tiene una dimensión negativa, de respeto al ámbito personal que no se desvela⁴⁷⁹.

Aunque las protecciones jurídicas de ambos institutos (imagen e intimidad) posean una lógica de exclusión, no puede, una persona, en principio, solicitar una tutela jurídica para que los demás no vean su imagen en sí misma considerada, pero sí el Derecho puede impedir que esta imagen sea representada gráficamente (captada, publicada y divulgada). Por el contrario, la extensión exacta de la reserva de la intimidad depende, en primer lugar, de la propia voluntad de la persona, que puede dar mayor o menor divulgación de los aspectos particulares de su intimidad⁴⁸⁰.

2.6.2.3. El derecho de la propia imagen y el derecho a la propia identidad.

Una vez estudiado el reconocimiento de la autonomía del derecho a la propia imagen, principalmente en relación a los derechos a la intimidad y al honor, ahora es necesario distinguir el derecho a la propia imagen del derecho a la identidad personal, para delimitar mejor, desde la perspectiva constitucional, el contenido de la protección jurídica de cada uno de estos bienes de la personalidad.

Según la Real Academia Española de la lengua, originario del latín; *identitas*, identidad significa el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás, o la conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta de las demás⁴⁸¹. Al principio la identidad personal se clasifica como una categoría (género) de algunos derechos de la personalidad, aunque actualmente la protección jurídica dada a la identidad lo considera como un derecho⁴⁸².

⁴⁷⁹ Para un análisis más pormenorizado del objeto del derecho réplica víd. MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. El derecho a...cit, p. 86.

⁴⁸⁰ En este sentido compartimos la opinión de CORREIA, Luís Brito. Direito da Comunicação social...cit., p. 594.

⁴⁸¹ Significado dado por la Real Academia Española de la Lengua (www.rae.es)

⁴⁸² Amnistía Internacional. El derecho a la propia identidad: la acción en favor de los derechos humanos de gays y lesbianas. Madrid: EDAI, 1999; CERVILLA GARZÓN, María Dolores. "Reflexiones en torno al nuevo derecho a la identidad sexual" en Revista General de Derecho, Valencia, N. 89 (2001), pgs. 4947-4962; CAMPS MERLO, Marina. Identidad sexual y derecho: estudio interdisciplinario del transexualismo. Pamplona: Eunsa,

La teoría que vincula el derecho a la propia imagen a la identidad considera que la imagen es simplemente una consecuencia de la propia identidad y, así, admite la protección jurídica de la imagen como elemento de identificación de la persona, no como bien jurídico distinto.

Esta teoría traza un paralelo con el derecho al nombre. El nombre es un signo de identificación, la imagen también es⁴⁸³, y con más eficacia, porque es posible que la propia persona olvide su nombre en razón de que pierda parcial o total la memoria, siempre poseerá una imagen, una figura.

Entiende el autor que el derecho a la propia imagen tiene naturaleza en derecho de la personalidad cuando la imagen es utilizada para identificación personal (tal cual el nombre). La primera vista, dicha afirmación parece contener una verdad verificable, con todo falta precisión a significado de “imagen”.

En la imprecisión está el equívoco del jurista Pontes de Miranda, porque toda la construcción de su pensamiento en cuanto al derecho a la imagen reposa en las características visibles del individuo que sirve a su identificación, debido a que a compara al nombre (que tiene ciertamente función identificativa⁴⁸⁴). Sin embargo, la identidad en si es una cosa, ya y la imagen, objetivamente considerada, es otra y de la identidad se distingue.

Por su parte, el autor Silvio Romero Beltrão plantea que “A pessoa, para poder desenvolver sua personalidade, supõe por natureza uma identidade pessoal e o reconhecimento social dessa identidade (...) A identidade pessoal somente se consegue atribuindo à pessoa um nome, o qual passa a ser admitido juridicamente como direito da personalidade”.

2007; GONZÁLEZ VEGA, Javier. “Derecho a la identidad sexual: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” En: Revista General de Derecho Europeo [Recurso electrónico], Madrid: Portalderecho, 2003, Núm. 1 (2003), p. 23.; GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. “Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación trans fronteriza”. Madrid: Dykinson, 2007; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica” En: Revista de Derecho Privado, Núm. julio -agosto (2005), pgs. 19-74; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. Derecho de la Libertad de Conciencia II –libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación. Madrid, Civitas, 1999; BARBAS, Stela Marcos De Almeida Neves. Direito ao património genético. Coimbra: Almedina, 1998; BARBAS, Stela “Direito à identidade genética”In: Forum Iustitiae -Direito & Sociedade, 1999, vol. I, t. 6 (1999), pgs. 39 y ss; LÚCIO, Álvaro Laborinho. “A genética e a pessoa - o direito à identidade” In: Revista do Ministério Público, Vol. 22, t. 88 (2001), pgs.7 y ss.

⁴⁸³ Así lo establece PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. vol. I. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁴⁸⁴ En esta líneas discurre la interpretación de Pontes de Miranda que distingue el derecho al nombre del derecho a tener nombre (Tratado de direito privado: parte especial: tomo VII, § 742, p. 136).

En el mismo sentido, informa el jurista Duval⁴⁸⁵ que el debate sobre el derecho ao nome⁴⁸⁶ en tierras brasileñas, tuvo su impulso con la monografía socio-jurídica del Spencer Vampré⁴⁸⁷, seguido por el jurista Rubens Limongi França⁴⁸⁸. Duval apunta la función identificadora del nombre civil (y comercial), y lo relaciona con los problemas de su alteración, modificación o supresión, o de la competencia desleal. Por otro lado, está en boga, entre los autores que componen la doctrina del derecho de familia, la vinculación del derecho a la identidad personal con la historia personal, en la cual se incluirían la investigación de la paternidad o de la maternidad (la identidad genética) y la transexualidad (verdad personal)⁴⁸⁹.

No obstante, hay voces que sostienen que si el derecho a ser uno mismo o misma, se entiende como respeto a la identidad y calidad de miembro de la vida en sociedad, con la adquisición de ideas y experiencias, con las convicciones ideológicas, religiosas, morales y

⁴⁸⁵ Recientemente recoge esa idea, DUVAL, Hermano. *Direito à imagem...cit.*, pgs. 33-36.

⁴⁸⁶ En esta línea, el Código Civil Brasileño de 2002 ha dedicado los artículos 16 a 19 al derecho al nombre. No se tutela únicamente el nombre, sino también el seudónimo adoptado para actividades lícitas. Aunque la Constitución Brasileña de 1988 no haya incluido, expresamente, el derecho al nombre, el legislador civil pretendió diferenciar tal bien jurídico de los demás que integran la personalidad. Conviene tener en cuenta que la justificación del derecho al nombre también puede ser atribuida a la necesidad jurídica del individuo de tener su propia individualidad, distinguiéndose de los otros semejantes, lo que le diferencia de las otras personas en las relaciones sociales. Del nombre, emana un derecho que es propio y autónomo, basado en las señales verbales o escritas, que son reconocidas mediante un proceso lógico y racional y determinan la identificación de un individuo. La autonomía del derecho al nombre, puede ser defendida por la legislación civil que establece la posibilidad de rectificación del nombre cuando éste sea vejatorio, ridículo, risible, grotesco, susceptible de bromas o de desvalorización moral. Además, dispone la persona de la facultad de cambiar el nombre en casos puntuales, hay desvalorización moral cuando el nombre insinúa defectos o características de la persona las cuales representen su condición física o psíquica.

⁴⁸⁷ En esta línea discurre la interpretación de VAMPRÉ, S. *Do nome civil*, Rio de Janeiro, F. Briguiet, 1935.

⁴⁸⁸ Con un razonamiento similar, FRANÇA. Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958.

⁴⁸⁹ Vid: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias* (3ª ed. rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e Direito à Identidade Genética*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007; FARIAS, Cristiano Chaves. *Escritos de Direito de Família*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007; NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2006; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*. Caxias do Sul: Plenum, 2007; PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007; VIEIRA, Tereza Rodrigues. "O cérebro e o direito à identidade sexual" in: *Consulex: revista jurídica*, v.10, n. 219, p. 13, fev., 2006; BARBOZA, Heloisa Helena. "Direito à identidade genética" in: *Juris Poiesis : revista do curso de direito da Universidade Estácio de Sá*, v. 7, n. 1, pgs. 123-132, 2004; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. "Direito da personalidade no novo código civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana" in: *Questões controvertidas no novo código civil* (v.1). São Paulo: Método, 2004, pgs. 45-90; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. "Se eu soubesse que ele era meu pai... (direito à identidade genética)" in: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 2001/2002, v. 2/3, n. 2/3, pgs. 121-134; PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "A identidade genética do ser humano: bioconstituição; bioética e direito" *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 8, n. 32, jul./set., 2000, pgs. 88-92; MORAES, Maria Celina Bodin de. "A tutela do nome da pessoa humana", in *Revista forense*, v. 98, n. 364, pgs. 217-228.

sociales que diferencian, y al mismo tiempo cualifican al individuo ha sido reconocido en la experiencia jurídica de otros países, no hay duda de que en Brasil también se habrá de encontrar una tutela, aunque sea bajo la forma genérica de intromisión ilegítima, para que se proteja la identidad de la persona cuando se publican hechos falsos, inexactos y no deshonrosos que alteran, distorsionan, tergiversan y afectan a la personalidad del individuo. Con todo, resaltemos que esta protección, empero, no puede ser encuadrada en el derecho a la propia imagen, el cual protege jurídicamente la representación gráfica del aspecto visual físico externo de la figura humana, no sus cualidades psíquicas.

Con un razonamiento similar, el escritor Enéas Costa García ve la configuración del derecho a la identidad desde esta perspectiva de alteración, distorsión o tergiversación del perfil individual-social” de la persona⁴⁹⁰. El citado autor, basándose en la experiencia italiana⁴⁹¹, defiende que; el ser humano, en su vida en sociedad, crea determinados pefis, una verdadera imagen espiritual o ideal, por los cuales pasa a ser reconocido e identificado en el seno de la sociedad. Esa imagen ideal debe ser preservada, y es tutelada por el derecho. Luego, la conducta que altere el perfil social de la víctima, que contraria a su imagen ideal, debe ser considerada ilícita, que atribuye al hecho la prerrogativa de reagr para restablecer su verdadera identidad.

La imagen de la persona la identifica, la hace reconocida, tanto por ella misma como para otros. Cada persona es un ser único y por consecuencia diferente de otro. Esa identificación importa en la individualización. La imagen sólo estaría tutelada por el Derecho en cuanto instrumento de identificación. Sólo habrá vulneración al derecho a la propia imagen cuando hay usurpación, adulteración, contra facción, distorsión de la identidad personal, es

⁴⁹⁰ En este contexto, GARCIA, Enéas Costa. “Direito à identidade pessoal” in *Atualidades Jurídicas*, 3 (coord. Maria Helena Diniz). São Paulo: Saraiva, 2001, pgs. 165-197.

⁴⁹¹ El escritor Enéas Costa García se refiere a varias sentencias de los tribunales de justicia de Italia, afirma que el derecho a la identidad personal nace de un caso juzgado en los años setenta del siglo pasado, y de algunos congresos científicos a respecto, que influenciaron la jurisprudencia italiana. El caso precursor es datado de 06-05-1974, sentencia de un juez de Roma. En Italia, por ocasión del referirse al respecto de la ley del divorcio, fue publicado un cartel publicitario con la imagen de un hombre y de una mujer. Ambos eran retratados como se estuviesen casados, agricultores y favorables a revocación de la ley del divorcio. La pareja no ostentaba ninguna de esas características, por el contrario, eran notorios defensores del divorcio y hasta habían sido coa-actores de la referida ley. El juez, además de reconocer la existencia del derecho a la imagen, identificó la lesión a otros intereses jurídicos protegidos, el derecho de la persona a su propia identidad. Entendió el juez que, por tres veces, había sido desnaturalizada la personalidad de las figuras retratadas en el cartel: cuanto al estado civil, al ejercicio de la profesión y la convicción ideológica. (...) el juez determinó la prohibición de la divulgación de la publicidad lesiva, bien como impuesta la publicación de un comunicado dirigido a restablecer la llamada verdad personal, que había sido distorsionada. Este concepto de verdad personal va a transformarse en el núcleo del derecho a la identidad personal. GARCIA, Enéas Costa. op. cit, p. 171.

decir, si no se ofende la identidad del titular, no estará protegida jurídicamente la posibilidad de que se decida sobre la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona.

En este aspecto, solamente habría incumplimiento del derecho a la imagen cuando de alguna forma hubiese además de una lesión a la identidad del titular, vale decir: la imagen es protegida por el ordenamiento jurídico sólo en cuanto al hecho de identificación personal⁴⁹².

El jurista Domínguez Guillén⁴⁹³ distingue dentro del derecho a la identidad personal la identidad estática, conformada por los elementos asociados al físico de la persona, sus huellas dactilares, rasgos antropométricos, constitución genética, nombre y todos los elementos que individualizan al ser humano y que en principio son inmutables; y la identidad dinámica, variable con el tiempo y conformada por las proyecciones, creencias, historia profesional, religiosa, política, sentimental, etc. Aclara la citada autora que “cuando conocemos a alguien simplemente lo vemos y preguntamos su nombre: percibimos así sólo un aspecto parcial de su identidad estática; pero probablemente toda una vida sea poco para descubrir su identidad dinámica⁴⁹⁴”. Domínguez Gullén resalta que se vulnera el derecho a la identidad personal cuando se atenta contra la verdad biográfica de una persona, esto es, contra la verdad de su historia⁴⁹⁵. El daño al derecho a la identidad personal se configura cuando existe una alteración u omisión de hechos o circunstancias fundamentales que conforman el perfil social de la persona. Desde esta perspectiva del derecho a la identidad personal, se protege la veracidad de la historia personal, y de ahí que se vulnera este derecho cuando se publica una noticia falsa, aun cuando sea beneficiosa desde el punto de vista de la reputación. La identidad personal supone, la preservación de la historia personal, al margen de su valoración.

El jurista Walter Moraes constata que para esa teoría sólo ocurriera ofensa a la imagen si la identidad fuera alcanzada, porque no habría violación del derecho a la imagen en la reproducción y difusión de retrato ajeno auténtico, el que contrariaría la concepción de ser derecho del sujeto impedir, prohibir, que su imagen sea distribuida y divulgada sin su

⁴⁹² En este sentido confiere MIRANDA. Pontes de, Tratado de direito privado: parte especial: tomo VII, p. 111.

⁴⁹³ Según esta corriente, destacamos: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M^a Candelaria. “Sobre los derechos de la personalidad” en *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, Universidad de la Sabana Colombia, N^o. 12, 2003.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*

⁴⁹⁵ *Ibíd.*

autorización⁴⁹⁶. Si la imagen de la persona es un bien que pertenece a su naturaleza humana y si el derecho a este bien es absoluto, no hay porque distinguir la hipótesis en que el ejercicio de ese derecho no sea de personalidad.

Además, Igartua Arregui afirma que el derecho a la identidad personal también comprende el derecho de cada uno a no ver desconocida la paternidad de las propias acciones, y sobretodo a no ver desfigurada la propia personalidad individual⁴⁹⁷. Con este contenido, el derecho a la identidad personal se utiliza para “proteger a los individuos de los supuestos del *false light* estadounidense, alteración de la personalidad, y otros en los cuales las ideas o convicción les son presentadas de manera inexacta y engloba casos en los cuales sería utilizado el derecho al honor en el territorio español⁴⁹⁸”.

Además, comenta el mencionado autor que el concepto del derecho a la identidad personal se ha separado del concepto de honor, para acoger dentro de aquél la protección a la reputación profesional. Igual separación ha sucedido con la imagen física, pero se contempla en el derecho a la identidad personal la vulgarmente llamada “imagen social”. Se ha disociado también la identidad personal del derecho al nombre, aunque en este caso para englobarlo en su tutela, y sostiene que el derecho a la identidad es, por lo tanto, una protección jurídica conferida al titular para que se haga el uso correcto de los elementos de la personalidad del individuo, que no coincide con la imagen física de la persona, sino de la presentación del sujeto y de sus características ante la sociedad⁴⁹⁹.

Por ser un tema novedoso, la bibliografía constitucional específica dedicada al mismo es escasa. Portugal es uno de los pocos países que tiene positivado el derecho sobre a la identidad personal. Aún así, la doctrina indica que el moderno concepto del derecho a la identidad personal coincide, en cierta forma, con los matices de la concepción de la Real Academia española de la lengua, posee dos ámbitos de protección.

Sin embargo, la doctrina especializada avanza en el sentido de reconocer la autonomía al derecho a la identidad personal, en respuesta a la delimitación de este derecho subjetivo, se aleja el de otras figuras próximas (...) A pesar de la distinción entre el derecho a

⁴⁹⁶ MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I), in RT 443, set. 1972, p. 72.

⁴⁹⁷ *Ibíd.*, citando la decisión del Pretore, Roma, 06 de mayo de 1984.

⁴⁹⁸ *Íd.*, pgs. 2246-2247.

⁴⁹⁹ Poderemos constatar en IGUARTUA ARREGUI, F. “Derecho a la imagen...cit. pgs. 45-75.

la identidad personal y los demás derechos de la personalidad, es preciso asentar la idea de que este derecho no se confunde con el uso indebido de la imagen, concebida como manifestación física de los señales calificativa de la persona.

En la verdad, el objeto de tutela es el conjunto de los diversos aspectos ideales de la personalidad, el que, solamente la falta de otra nomenclatura, puede ser llamado de imagen ideal o moral, para contrastar con el derecho a la imagen, que envuelve el aspecto físico (...) generalmente el derecho a la identidad es asociado a la protección del nombre y de las señales distintivas, inclusive de aquellas pertenecientes a las personas jurídicas. Con todo, al tratar el derecho a la identidad personal, tenemos en cuenta los aspectos componentes de la personalidad que distinguen al individuo en el medio social. No solamente el nombre, sino también su perfil, las variadas manifestaciones de su personalidad en el campo profesional, social, familiar, filosófico, religioso, etc.⁵⁰⁰

Para referirse a dicha función identificadora el jurista Walter Moraes escribe: No hay como negar el valor específicamente individualizador de la imagen de la persona en el conjunto de los señales que a distinguen de las demás. La apariencia exterior, o la forma corporal del hombre, es además, el primero y más relevante de a la identidad de cualquier individuo⁵⁰¹.

En ese sentido, los juristas Gitrama González y Keissner afirman que todos poseen señales que individualizan e identifican cada uno distinguiéndolo de los demás⁵⁰², tanto que es posible “imaginar una persona sin nombre, más no sin fisionomía⁵⁰³”. Y es todavía más eficaz para la identificación que el nombre y el domicilio.

Para el jurista Gómez Bengoechea que comparte esta idea de identidad, divide el derecho a la identidad en dos aspectos: el derecho a ser uno mismo, “la identidad, en primer lugar, está formada por la percepción más o menos estable que la persona tiene de sí misma y de las cualidades, los defectos y los recursos que le son particulares como alguien único y diferente de todos los demás”, y el derecho al conocimiento del propio lugar en el entorno social, que sería la vertiente social de la identidad personal, “todo individuo, en virtud de sus

⁵⁰⁰ *Íd.*, pgs. 167-168.

⁵⁰¹ Señala MORAES, Walter. *Direito à própria imagem (I)*, in RT 443, set. 1972, p.72.

⁵⁰² Así lo hace notar GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Imagen (Derecho a la propia)*, in Nueva enciclopedia jurídica, p. 307.

⁵⁰³ KEYSSNER, *Das Recht an eigenen Bilde*, Berlin, 1896, p. 23 apud GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *op. cit.*, p. 309.

características personales, cumple con distintos roles en el entorno social a través de su historia (hijo, hermano, marido, padre, amigo, trabajador, ciudadano) y forma parte de un determinado grupo social (según su étnia, ocupación, religión, nacionalidad, etc..) ⁵⁰⁴.

En la misma dirección, el autor portugués Paulo Otero divide el derecho a la propia identidad en: identidad personal absoluta o individual, cada persona posee una identidad definida por sí misma, que es la expresión de la exclusividad, indivisibilidad e irrepetibilidad de cada ser humano; y la identidad personal relativa o relacional, que estaría vinculada con la historia personal del individuo, dando una especial relevancia a los progenitores ⁵⁰⁵.

Sin embargo, lo que se ha de hacer notar es que la tutela jurídica del derecho a la identidad personal propone proteger no sólo el conocimiento por la persona de su propia identidad (sea individual o relacional), sino también la preservación de esta identidad, es decir, que no se la altere, distorsione, tergiverse, con afirmaciones falsas, inexactas no veraces u omisiones de hechos y circunstancias fundamentales que conforman su “perfil social”.

En mención al derecho a la identidad personal, en Portugal, se puede decir que la protección de este derecho sucedió a través de la inserción del derecho a la propia imagen en el texto constitucional portugués (revisión de 1982), se planteó la estrecha relación que este derecho posee con el derecho a la identidad personal, el cual ya había sido incluido en el texto original de la Constitución de la República Portuguesa, de 25 de abril de 1976 ⁵⁰⁶.

En este sentido, la autora Cláudia Trabuco pone el énfasis en que la protección de la imagen física está tendencialmente integrada en la tutela de la identidad, de la defensa del carácter original e irrepetible de cada ser humano contra la eventual “manipulação, a desfocagem, a contrafacção ou a utilização heterónoma” de sus elementos físicos o morales ⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ La clasificación utilizada es una opinión de las muchas que se presentan, somos conscientes de que existen muchas otras, así, por ejemplo, desde el punto de vista filosófico-jurídico GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. “Derecho a la identidad... cit., pgs. 29 y ss

⁵⁰⁵ Por su parte OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 65.

⁵⁰⁶ Veamos en Artículo 33 de la Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1976.

⁵⁰⁷ La clasificación utilizada es una opinión de las muchas que se presentan, somos conscientes de que existen muchas otras, así, por ejemplo, desde el punto de vista filosófico-jurídico TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem” ...cit., p. 396.

En líneas generales, se define, en territorio lusitano, el derecho a la identidad personal como el que protege los elementos identificadores de la persona ante la sociedad⁵⁰⁸. El cometido de tal derecho es el de garantizar aquello que identifica a cada persona como individuo singular e irrepetible. En él se incluyen, el derecho al nombre y el derecho a la historia personal⁵⁰⁹. Por su parte, el derecho al nombre consiste en el derecho a tener un nombre, a no ser privado de éste, a defenderlo y a impedir que otros lo utilicen. Comprende la dimensión positiva del uso del propio nombre, completo o abreviado, y la dimensión negativa de oposición a que otros lo usen de modo ilícito para su identificación o con otros fines⁵¹⁰.

El jurista Cardoso y Figueiredo defienden que el derecho a la identidad personal comprende la prohibición de la elaboración no autorizada de una biografía y el derecho a la verdad personal, el cual impide la utilización abusiva de atributos exclusivos de un individuo (un seudónimo, un título)⁵¹¹.

Para hacer una valoración jurídico-formal del derecho a la identidad personal en Portugal, se constata su inserción en el artículo 26 de la Constitución de la República Portuguesa, pero no está previsto, expresamente, en el Código Civil. Sería, incluido en el derecho general de la personalidad del artículo 70 de esta norma. Por el contrario, el derecho al nombre y el derecho al seudónimo están impresos en el Código Civil; respectivamente, en el artículo 72 y en el artículo 74; pero no lo están en la Constitución portuguesa. En el que no está formalmente incluido, de modo específico, en ningún texto normativo portugués es el derecho a la historicidad personal. No obstante, el legislador portugués optó, por una protección dual de los derechos de la personalidad, de lo que resulta que la tutela de la historia personal puede ser invocada a través de la cláusula general del artículo 1º de la Constitución de la República Portuguesa de 1976, y de la cláusula general del artículo 70 del Código Civil.

En España, aunque haya quien pretenda incluir una concepción psíquica del derecho a la identidad en el derecho a la propia imagen⁵¹², la doctrina mayoritaria acude a las

⁵⁰⁸ Cfr. CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada da Comunicação Social*. Lisboa: Casa das Letras, 2005, p. 26.

⁵⁰⁹ En este contexto CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., vol.I...cit., p. 462.

⁵¹⁰ En sentido semejante víd. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão... cit.*, p. 753

⁵¹¹ Para un análisis mas pormenorizado del objeto del derecho réplica víd. CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação...cit.*, p. 26.

⁵¹² LAMA AYMÁ, Alejandra de. *La protección de los derechos...cit.*, pgs. 110 y ss. Afirma la autora que debe incluirse en el derecho a la propia imagen “no sólo propiamente dicha sino también el nombre, la voz y cualquier

experiencias extranjeras, principalmente a la italiana y a la estadounidense, que tienden a reconocer jurídicamente el derecho a la identidad personal desde la perspectiva⁵¹³ del derecho a “ser uno mismo” y de exigir que no se tergiversen, con publicaciones inexactas, las cualidades o características psíquicas que componen la individualidad personal.

Para seguir en el mismo contexto, el autor López Díaz advierte que en todos los supuestos de este grupo de ofensas, ha de ser reconocida por terceros la publicación de la falsa luz que se proyecte sobre la persona en cuestión, y ha de configurarse una imputación no verdadera, que le produzca humillación, que sean inexactitudes que desfiguren la realidad y le

otro elemento que haga reconocible al individuo, en definitiva, el derecho a la imagen protege la identidad de la persona (...) Se incluyen todos aquellos rasgos identificadores de la persona que por ser los más característicos contribuyen a la individualización y diferenciación de los demás. Es especialmente importante incardinar los elementos identificadores del individuo en el derecho a la imagen dado que no hay ningún precepto constitucional que, de forma expresa, reconozca el derecho a la identidad (...) El derecho a la identidad no está reconocido en España a nivel constitucional de una forma expresa, por lo que debe buscarse su cobertura en el derecho a la imagen sí reconocido como derecho fundamental. Esta vertiente se traduce en el ámbito comercial de la imagen como el valor publicitario que adquiere la propia imagen a consecuencia del propio esfuerzo creativo que ha realizado la persona”. En el comentario de ALEGRE MARTÍNEZ (Miguel Ángel. El derecho...cit., pgs. 95-96) parece que defiende, aunque no de modo explícito, esta postura de inclusión de contenidos psíquicos en el concepto del derecho a la propia imagen, cuando aduce que “podemos afirmar que estamos ante uno de los casos en que puede verse vulnerado el derecho a la propia imagen, sin lesión simultánea del derecho a la intimidad. Piénsese, por ejemplo, en la aportación de fotografías en las que el interesado aparezca encabezando una manifestación antimilitarista, o grabaciones en las que el sujeto exprese sus ideas pacifistas. Se trataría de utilidades, consentidas o no, de la imagen o la voz del sujeto, que en este supuesto le favorecerán de cara a su intención de obtener una resolución favorable del Consejo General de Objeción de Conciencia. Se puede pensar, sin embargo, en la posibilidad de que la persona u organismo requerido por el Consejo aporte fotografías o grabaciones pertenecientes a una época anterior, en la que el ahora convencido pacifista y solicitante del reconocimiento de la condición de objetor, era un activo y notorio militarista. En este caso, la utilización de imágenes pertenecientes a esa época anterior perjudica a los actuales intereses del sujeto. (...) Por nuestra parte, consideramos que, tratándose de un derecho de la personalidad, directamente derivado de la dignidad del ser humano, si se puede ir más allá de ese contenido mínimo.”.

⁵¹³ Vid: IGUARTUA ARREGUI, Fernando. La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajeno. Editorial Tecnos S. A., Madrid: 1991; Íd. “Responsabilidad civil extra-contractual. ofensa al honor. Congruencia. Estipulación en favor de un tercero. Contrato de publicidad con la Compañía Telefónica” en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Nº 7, 1985, pgs. 2235-2252, Íd. “Derecho a la imagen. utilización de fotografía para fines electorales. del daño moral; revisión del quantum” en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Nº 14, 1987, pgs. 4561-4578; MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. “30 de enero de 1998. Apropiación comercial del derecho al nombre y a la propia imagen. Identificación indirecta de actor en anuncio publicitario” en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Nº 47, 1998, pgs. 705-724; AMAT LLARI, María Eulalia. “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial” en Revista jurídica de Catalunya, 2003, vol. 102, nº 2, pgs. 459-475 y El derecho a la propia imagen y su valor publicitario. La Ley: Madrid, 1992; HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, Intimidad y Propia Imagen. Editorial Colex: Madrid, 1994; MEDINA GUERRERO, M. La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2005; FAYÓS GARDÓ, Antonio. Derecho a la intimidad y medios de comunicación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; SARAZÁ JIMENA, Rafael. Libertad de expresión e Información frente a honor, intimidad y propia imagen. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1995; LOPÉZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina. Dykinson, Madrid: 1996; SALVADOR CODERCH, Pablo; et all. El mercado de las ideas (director: Pablo Salvador Coderch). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

produzcan un perjuicio⁵¹⁴. En la misma línea, el jurista Salvador Coderch indica que las conductas son subsumible en las producidas (dolosa, negligente o azarosamente) en un contexto informativo y las relacionadas con la actividad de entretenimiento que, por naturaleza, posee la ficción como una de sus premisas⁵¹⁵

El principio de veracidad es condición de existencia de una opinión pública libre, la cual está indisolublemente unida al pluralismo político, valor fundamental y requisito funcional del Estado Democrático. Por lo tanto, es necesario resaltar aquí que se considera constitucionalmente veraz la información cuando la noticia: a) se base sobre hechos, no sobre simples rumores; b) que pueda constatarse el deber de diligencia del informador sobre las afirmaciones que realiza⁵¹⁶; y c) que ese deber de diligencia sobre los hechos de los que va a informar exige que haya un previo contraste con datos objetivos. Se priva así de la protección constitucional a quien, defrauda el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o false lo comunicado.

El Tribunal Constitucional de España ha decidido en algunas ocasiones, en cierta forma, sobre la gravedad de la ofensa al “derecho a ser uno mismo”, entendido como respeto a la identidad y a la calidad de miembro de la vida en sociedad, con la adquisición de ideas y experiencias, con las convicciones ideológicas, religiosas, morales y sociales que diferencian, y al mismo tiempo, singularizan al individuo. Parece que tal y como en Estado Unidos, se podrá eliminar las pretensiones de éxito de una demanda que verse sobre esta perspectiva del derecho a la identidad personal, si se basan en el derecho al honor.

La jurisprudencia constitucional española afirma que si no constan en la noticia expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones innecesarias (ofensas muy graves), que sólo puedan entenderse como insultos dichos sin intención de informar, quizás no se estime como ilegítima la intromisión en el derecho al honor, y por consiguiente, no estaría protegido el derecho a la identidad personal. Se sostiene, en suma, que el carácter molesto o hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información misma, porque para sobrepasar el límite de lo tolerable, las expresiones inexactas

⁵¹⁴ En mismo sentido, LÓPEZ DÍAZ, E. El derecho al honor y el derecho a la intimidad...cit., pág. 203.

⁵¹⁵ Para un estudio pormenorizado de las distintas soluciones aportadas por la doctrina comparada vid. SALVADOR CODERCH, P. El mercado de las ideas...cit., p. 317.

⁵¹⁶ A este respecto, SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 148/2002, de 15 de julio, FJ 5; 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6

han de ser consideradas como expresadas con malicia calificada por un ánimo vejatorio o la enemistad pura y simple.⁵¹⁷

Desde este punto de vista, el que la información sea o no veraz, por indivisible que sea del juicio sobre el inicial encuadramiento del mensaje en el art. 20.1. d) C.E. a efectos de determinar si el mismo merece protección constitucional, es irrelevante para establecer si ha habido o no lesión del art. 18.1 C.E., debido a que, si la información transgrede uno de sus límites (art. 20.4 C.E.), su veracidad no excusa la violación de otro derecho o bien constitucional⁵¹⁸.

En Brasil, la mayoría de la doctrina que se dedica a estudiar el derecho a la identidad personal, lo relaciona con el nombre y/o con la historia personal. Los autores tradicionales circunscriben su atención al papel social decisivo que el nombre ofrece al individuo. Sostiene, por ejemplo, el jurista Carlos Alberto Bittar que sobre el objeto del derecho al nombre “o bem jurídico tutelado é a identidade, que se considera como atributo ínsito à personalidade humana⁵¹⁹”.

El derecho que une al sujeto a su imagen como modo de identificación, del otro que se asocia a su imagen para el ejercicio exclusivo de su uso, es el mismo. La relación jurídica es la misma⁵²⁰.

Es cierto que la imagen es un medio de identificación, esto es una consecuencia de la característica propia de la imagen: como modo de la individualización.

Identificación e individualización no se confunden. La identificación personal tiene por objetivo el interés colectivo de reconocer al individuo, en cuanto el derecho de imagen se sustenta en el interés personal de ser individualizado⁵²¹.

⁵¹⁷ Con anterioridad pueden consultarse otras sentencias en las que se aprecia la tendencia favorable del Tribunal Supremo en el sentido apuntado, así por ejemplo STC 105/1990.

⁵¹⁸ En este sentido se pronuncia el SSTC 171 y 172/1990, 197/1991, 20/1992 y 134/1999

⁵¹⁹ El derecho esencial es el nombre, también reciben protección los accesorios (como el seudónimo, el apodo y el hypocorísm, este a designación cariñosa, generalmente por los íntimos). Envuelve, todavía, la doctrina del nombre a la defensa de la persona jurídica, exactamente para distinguirla en el inmenso universo empresarial. BITTAR, C. A. Os Direitos da personalidade...cit., p. 125.

⁵²⁰ Idem, p. 72.

⁵²¹ Idem, ibidem. En el mismo sentido, Santos CIFUENTES: “La identificación personal nace de un interés social de reconocer al individuo, tal cual es; de la imagen nace un interés preponderantemente personal de individualizarse, hacerse individuo” (Derechos personalísimos, p. 507).

Raciocinar sobre imagen sólo como identificación llevaría a la conclusión de que la identificación por impresiones digitales utilizadas constituiría la imagen de alguien, en el que ningún autor podría firmar. Por lo tanto, derecho a la imagen es diferente de identificación.

Empero, precisamente sobre la distinción entre imagen e identidad personal concluye que el derecho a la propia imagen protege a la representación física de la personalidad, en cuanto que el derecho a la identidad personal defiende los elementos morales (los perfiles) de la persona. La imagen es constituida de un elemento materialmente perceptible y reproducible que identifica el sujeto en su apariencia física, en cuanto la identidad personal se caracteriza a los aspectos morales de la personalidad. En este sentido, únicamente por fuerza de la figura del lenguaje se dice que el derecho a la identidad cuida de la imagen moral. El referido derecho tiene por objeto las manifestaciones dinámicas de la personalidad, aspectos que no se confunden con la simple representación física. En cuanto la imagen es la reproducción identificable de los trazos físicos de una persona sobre cualquier soporte material, la identidad personal engloba un perfil más amplio de la imagen proyectada a terceros, reveladora de un bagaje cultural que no encontramos en el derecho a la imagen⁵²².

Con un razonamiento similar, el autor Costa García concibe el derecho a la identidad personal como el interés jurídicamente protegido de exigir que la personalidad no sea representada de manera infiel, desnaturalizada o alterada por medio de la atribución de conductas, atributos o calidades que no guardan relación con ella o por la omisión de aquellas que son determinantes de la su configuración. El derecho de no ver desnaturalizado o alterado el propio perfil externo, psicosomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional, y fundamenta su concepción, de forma adecuada, en el principio de la dignidad de la persona, defiende el reconocimiento de un derecho general de la personalidad, y establece la base normativa para la conformación del derecho a la identidad personal en el derecho de respuesta del artículo 5º, V, y en el Habeas Data, artículo 5º, LXXII, “b”, ambos citados en la Constitución Brasileña de 1988.

La importancia del derecho a la identidad personal, como matriz del derecho a la propia imagen tiene una lógica conceptual-instrumental. La imagen humana, como hemos argumentado, es actualmente la mejor forma de identificar una persona. Tanto es así que si una imagen no es capaz de identificar a su titular, su publicación no será ilícita. Los teóricos

⁵²² Id., pgs. 183-184.

que relacionan el derecho a la propia imagen con la teoría del derecho a la identidad defienden que la imagen personal constituye un bien tutelado por el ordenamiento jurídico en cuanto es un factor de identificación individual.

Dicho esto, se ha de razonar que la identificación a través de la imagen puede, entonces, configurarse como un objetivo de tal derecho, y no una circunstancia principal. Como ya alertaba el jurista De Cupis, la necesidad de proteger a la persona contra la arbitraria difusión de su imagen deriva de una exigencia individualista, según la cual el individuo debe ser quien decida consentir o no la reproducción de sus propias evocaciones o expresiones, el sentido de la propia individualidad crea una exigencia de autodeterminación⁵²³.

A su vez, 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, como exigencia de la “identidad individual” y de la “identidad relacional”.

Para ello, 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. En realidad, el derecho a la propia imagen sirve como un medio para la manifestación del derecho a la identidad individual, como también, de modo análogo, lo utiliza el derecho a la intimidad o el derecho al honor.

En este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lusitano reiteradamente ha afirmado que el derecho a la propia imagen “não consiste, por isso, num direito de cada pessoa a ser representada publicamente de acordo com aquilo que ela realmente é ou pensa ser⁵²⁴”. Por ello, es incuestionable afirmar que el derecho a la propia imagen se destina exclusivamente a la posibilidad de la representación gráfica de las evocaciones o expresiones del aspecto físico externo de la persona, mientras que el derecho a

⁵²³ Para un análisis más pormenorizado del objeto del derecho réplica víd. DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade...cit., p. 130.

⁵²⁴ Como son por ejemplo la AcTC Português N.º 6/84, Processo nº 42/83, AcTC Português N.º130/88, 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 nº 502/2006, 2ª Secção

la identidad se presta, mucho más, al reconocimiento psicológico o psíquico. Es decir, el derecho a la propia imagen puede tener como objetivo la identificación, que es objeto del derecho a la identidad personal, pero dicho objeto siempre diferirá de ésta, por estar enfocado a la protección de la exposición de la individualidad de su titular, conformada en la facultad de excluir o permitir la posibilidad de representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo que le singularizan y hacen reconocible su figura humana.

Hemos de resaltar que nuestra intención al describir este breve relato de la construcción jurídica del derecho a la identidad personal no es ofrecer un fidedigno concepto al respecto ni tampoco teorizar sobre su configuración jurídico-constitucional, esta labor exigiría un estudio propio y más exhaustivo del que ahora se ha llevado a cabo. En realidad, nuestro objetivo al exponer la existencia de este derecho se ciñe, exclusivamente, a establecer y poner de relieve nuestra coincidencia con las opiniones progresistas y confluentes de la mayoría de los autores citados en este epígrafe: el derecho de la persona a exigir que su personalidad no sea representada de manera no fiel, 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; el derecho a no ver alterado el propio perfil, psicosomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional, no puede confundirse con la facultad de aprovechar o de excluir 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 son bienes jurídicos distintos, con conformación y objeto divergentes.

2.7. Teoría de la autonomía del derecho a la imagen.

Las teorías expuestas en los ítems anteriores demuestran que el bien jurídico del derecho a la imagen se aproxima a los bienes jurídicos propios de los derechos de la personalidad, con todo ello no se confunden. Esto porque hay situaciones jurídicas en que la protección del bien jurídico de la imagen no se encuadra en las hipótesis de las teorías. Así,

solamente considerarlo un bien autónomo en el que se hará protección de él en su totalidad y sus circunstancias.

La imagen definida como la señal sensible del derecho de la personalidad⁵²⁵ es una propiedad del hombre o de la mujer, de su naturaleza humana. El Derecho no atribuye imagen al hombre o a la mujer: es a su naturaleza de ser humano que es un ser único e irrepetible, provisto de una imagen propia. Lo que le concierne al Derecho es producir normas jurídicas que reconozcan esta facultad humana.

La imagen es propia de la persona, ella es un bien jurídico suyo, porque es su modo de ser, es lo que a hace conocida y reconocida como ser que es. Ella le es necesaria y útil, hace de la persona exclusiva, un ser propio, en este sentido argumenta el jurista Goffredo Telles Jr.: “Nada é mais próprio de um ser do que ele próprio”⁵²⁶.

Como algo propio de la persona, que le es necesario y útil, la imagen reúne los requisitos clásicos que la clasifican como objeto de derecho subjetivo.

Así, el derecho a la imagen consiste en el derecho subjetivo de defender lo que le es propio. No es un derecho de tener imagen, de permisión a una imagen, más si el de defender, proteger el bien que traduce para el mundo exterior lo que se es, que o distingue de cualquier otro individuo.

En ese sentido, el jurista Santos Cifuentes afirma que la autonomía del derecho a la imagen consiste en la protección de la exhibición, divulgación y, especialmente, en la defensa de la apropiación de la imagen (captación de la imagen), una vez que la razón motivadora de la protección está en no permitir que se capte la imagen de la persona. De tal modo que el amparo debe ser anterior en el caso que se quiera asegurar los medios de sí evitaren conductas antijurídicas⁵²⁷.

Para el ejercicio del derecho a la imagen es necesaria cualquier motivación o violación a otro derecho de personalidad, su defensa basta por sí misma. La simple usurpación de la exclusividad de disposición de la persona de su imagen constituye un acto ilícito, todavía que no se haga cualquier otro daño, porque el daño en sí consiste en la propia

⁵²⁵ Señala MORAES, Walter. *Direito à própria imagem (I)*, RT 443, setembro de 1972, p. 76.

⁵²⁶ Así lo establece TELLES Junior, Goffredo. *Direito Subjetivo*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 316.

⁵²⁷ Señala CIFUENTES. Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depanima, 1995. p. 513.

ausencia de respeto debido a la personalidad del individuo que tuvo su imagen violada a contra gusto⁵²⁸.

El jurista Walter Moraes ejemplifica la razón práctica de la autonomía del derecho a la imagen: si entendernos que el sujeto no puede impedir divulgación o explotación comercial de la propia imagen porque no hiere a su identidad personal, es porque se redujo el concepto de imagen al de identidad; porque no ha herido su intimidad, es porque se redujo el concepto a la intimidad; y si alguien está impedido de publicar o divulgar figura de otros esto le trae algún perjuicio a la honra, a la buena fama o a la respetabilidad, el que se protege es la honra, no es la imagen⁵²⁹.

Continúa el autor: si el derecho a la imagen es reducido a un capítulo del derecho a la honra, del derecho al propio cuerpo, la intimidad, a la identidad, a la libertad, se confunde con cada uno de ellos, no será un bien jurídico autónomo el que contrariaría toda la edificación teórica sobre el tema⁵³⁰. De acuerdo con el jurista Santos Cifuentes, también contraría la legislación sobre el bien, que él tiene considerado como autónomo⁵³¹.

En virtud de la Constitución española de 1978 es la primera en mencionar la necesidad de la regulación del derecho a la imagen como un derecho autónomo de los derechos a la intimidad y al honor⁵³² tradicionalmente se había incorporado la protección a la imagen en el derecho a la intimidad⁵³³, al honor⁵³⁴ o a la identidad⁵³⁵.

⁵²⁸ Recoge esta teoría el autor MORAES, Walter. *Direito à própria imagem (I)*, in RT 443, set. 1972, p. 78.

⁵²⁹ *Idem*, p. 67.

⁵³⁰ *Idem*, *ibidem*.

⁵³¹ Ejemplifica con la análisis de los Arts. 10 del Código Italiano, los Arts. 22 hasta el 24 de la ley alemana de 9/1/1907 derogado por el Art. 141 de la Ley de 9/9/1965 (derechos de autor sobre obras de arte plástica y de fotografía), Art. 162 del Anteproyecto Francés y por medio de la Ley Argentina 11.733. (*Op. cit.*, p. 510).

⁵³² De hecho en el anteproyecto de la Carta Magna sólo se hacía referencia al derecho al honor y a la intimidad y fue durante el período de enmiendas en el Congreso de los Diputados cuando se introdujo la referencia al derecho a la imagen.

⁵³³ Así en la doctrina italiana DE CUPIS, Adriano; *op. cit.*, Tomo 1, pgs. 258 y ss. incluye el derecho a la imagen en el diritto a la riservatezza. Ver sobre este tema GITRAMA GONZÁLEZ, M.; "Imagen", *op. cit.*, pgs. 323-324. En el ordenamiento jurídico anglosajón la imagen se protege a través del privacy. Sobre este tema HERRERO-TEJEDOR, F.; *op. cit.*, pgs. 34 y ss.

⁵³⁴ Así parecería desprenderse del art. 10 CC italiano que dice que "Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata sposta, o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni". Sin embargo, quizás la inclusión de la imagen en el derecho al honor es fruto de la idea de que el derecho a la imagen comprende la imagen pública de una persona, es decir, la opinión que tiene la sociedad de un individuo concreto cuando, en realidad, este concepto de imagen pública ciertamente forma parte del derecho al honor pero nada tiene que ver con el derecho a la imagen.

⁵³⁵ Recoge HERRERO-TEJEDOR, Fernando; *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998, p. 185

Por otra parte, es cierto que la jurisprudencia ha contribuido, en ocasiones, a la confusión entre honor, intimidad e imagen, en parte por los propios términos en que se pronuncian las demandas, en parte porque los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se vulneran no pocas veces de forma simultánea⁵³⁶. Muchas veces la imagen es el vehículo para vulnerar el honor de una persona en la medida en que, por ejemplo, una fotografía puede ser trucada o puede dar una imagen sesgada de determinada situación⁵³⁷. E igualmente puede ser un medio para vulnerar el derecho a la intimidad porque a través de la reproducción de una imagen puede difundirse una parcela de la vida privada de la persona⁵³⁸. Sin embargo, la evidente relación y la posibilidad de que un mismo acto lesione la imagen pero también la intimidad y/o el honor no debe ser obstáculo para diferenciar los tres derechos.

Así se ha entendido por la doctrina entre la que empieza a existir cierta unanimidad con relación a considerar el derecho a la imagen como un derecho autónomo⁵³⁹

El jurista Luiz Alberto David Araújo afirma que la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho a la imagen fue superada después de la promulgación de la Constitución Federal brasileña de 1988, y que el análisis de varias teorías elaboradas tiene la función sólo de reforzar el aspecto histórico⁵⁴⁰. Todavía, las decisiones de los Tribunales son influenciadas por dichas teorías, principalmente a de a intimidad y a de a honra.

El Código Civil brasileño de 2002 en el Art. 20332 ha traído para el ordenamiento un dispositivo expreso sobre el derecho a la imagen. La redacción un tanto confusa del texto, con

⁵³⁶ Así, ROVIRA SUEIRO, M.E.; op. cit., pgs. 26-29 quien hace notar que el hecho de que el Tribunal haga primar en estos casos el derecho vulnerado de forma principal no es motivo para negar la sustantividad de estos derechos. Hace esta autora un exhaustivo análisis sobre la autonomía de estos derechos en pgs. 25-32.

⁵³⁷ Así lo hacen notar, OLIVEROS LAPUERTA, M.V.; op. cit., pgs. 21-22, ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.; op. cit., p. 46 y HERCE DE LA PRADA, V.; op. cit., pgs. 24-27.

⁵³⁸ Recogen esta teoría OLIVEROS LAPUERTA, M. V.; Op. Cit., pág. 25, ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.; op. cit., pgs. 52 y ss. y HERCE DE LA PRADA, V.; op. cit., pgs. 27-30.

⁵³⁹ Así, HERRERO-TEJEDOR, F.; Honor, intimidad..., cit., p. 93 que dice que “si bien el derecho a la propia imagen puede presentar concomitancias con el honor y la intimidad, en realidad se trata de un derecho autónomo y diferenciado de los demás, que en muchos supuestos es objeto de intromisiones ilegítimas que en nada vulneran el honor o la intimidad, lo que confirma su valor independiente”, HERCE DE LA PRADA, Vicente; El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión, Barcelona, 1994, p. 30, OLIVEROS LAPUERTA, M. V.; op. cit., p. 9 y CARRILLO, Marc; “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental”, en Revista Jurídica de Asturias, 1994, nº 18, p. 12, PÉREZ ROYO, J.; op. cit., p. 297, GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; “El derecho a la propia imagen, hoy”, en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Vol. VI, Madrid, 1998, p. 208 y Ó'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier; “Personalidad y derechos de la personalidad (Honor, intimidad e imagen) del menor, según la ley de protección del menor”, en La ley, 1996-4, marg. D-239, p. 1249.

⁵⁴⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 32.

todo, proporcionó margen a cierto retorno de teorías superadas, al insertar la hipótesis de protección de la propia imagen al alcanzar la honra, la buena fama o la respetabilidad. Como se verá en ítem “Proteção jurídica da imagem” se preservó la autonomía del bien jurídico de la imagen, esta solamente podrá ser alterada, modificada y capturada con el consentimiento de la persona.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el derecho a la identidad es el derecho a ser uno mismo⁵⁴¹ por lo que no cabe duda que no es sólo la imagen sino también el nombre, la voz y, en general, cualquier elemento que identifique a la persona participa del concepto de derecho a la identidad. Existe, por lo tanto, una íntima relación entre el derecho a la imagen y el derecho al nombre pero deben considerarse autónomos en la medida en que uno individualiza intelectualmente a la persona mientras que el otro lo hace visualmente⁵⁴².

En conclusión, el derecho a la imagen es autónomo con relación al derecho a la intimidad y al derecho al honor. También es autónomo con relación al derecho al nombre y a la voz pero debe entenderse que en el art. 18 CE también quedan protegidos a través del recurso de amparo las posibles vulneraciones del derecho al nombre y a la voz por dos motivos. En primer lugar, la Ley Orgánica 1/1982 hace referencia a la voz y al nombre aunque sólo sea de forma indirecta y en relación a su valor comercial por lo que si se protege el valor comercial de la voz y el nombre con mayor razón habrá de protegerse su aspecto fundamental o personal. Por otra parte, en la medida en que son manifestación de la propia personalidad y por ello permiten diferenciar a una persona de sus semejantes, debe procurarse que estos derechos de la personalidad reciban tratamiento y protección constitucional.

2.8. Conclusión

El desarrollo de la sociedad y de la tecnología hace surgir un nuevo concepto de imagen diferente de aquella inicialmente protegida. La imagen es el conjunto de

⁵⁴¹ En este sentido DE CUPIS, A.; op. cit., vol. I, pgs. 3-4 define el derecho a la identidad personal como el derecho de la persona a ser “quella che è realmente, colle proprie qualità e le proprie azioni” como resultado del “bisogno di affermare la propria individualità”. Por ello, mantenemos aquí que este derecho a la identidad personal es una característica del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

⁵⁴² En esta línea AZURMENDI ADARRAGA, A.; op. cit., pgs. 39 y ss.

características físicas de la persona desde las identificables, deja de ser única como bien protegido. Surge un concepto de “imagen social”, como el conjunto de características sociales del individuo que lo distingue socialmente.

La protección de la imagen es una preocupación reciente para los juristas, debido al desarrollo tecnológico, en lo que se refiere la captación de la imagen, en la reproducción, esta evolución conyeba una gran amenaza a la imagen del individuo.

La amenaza de la violación de la imagen por la tecnología he hecho que se legisle no sólo en el derecho civil, sino que conyeva a la protección constitucional, en principio, de que deriva la vida y, posteriormente, como bien autónomo, la intimidad y la honra son insuficientes para englobar todos los casos de lesión de la imagen. La Constitución española de 1988, al expresar el resguardo a la propia imagen de forma explícita, sólo he venido a consolidar una serie de decisiones jurisprudenciales, que ya objetivaban a defender el derecho a la imagen, que dan todavía la característica de cláusulas pétrea.

A nivel internacional, aunque los tratados no la reconozcan, si quedará protegido al trazarse en el ámbito del derecho a la vida privada. Por los visto, su protección a nivel internacional es parcial, una vez que no alcanza a todas las facultades, a no ser las que engloban imagen-intimidad.

Por lo tanto, concluimos que en ámbito internacional el derecho a la propia imagen se protege como un derecho fundamental de la persona, sin referirse a cualquiera comercialización. Por otro lado, el aspecto patrimonial del derecho a la propia imagen no es objeto de una regulación específica o expresa.

A pesar de esto, ni todo esta escrito en las leyes, el cambio de éstas no acompaña la continua evolución tecnológica, y, por lo tanto, no es posible englobar todos los nuevos casos. Por otro lado, el mencionado derecho comprende la potestad que todo individuo posee para disponer acerca de su apariencia, autoriza o no su captación y posterior difusión

PARTE SEGUNDA
HISTORIA DE LA PROTECCIÓN
JURÍDICA DE LA IMAGEN.

Introducción

El presente capítulo tiene el objetivo, en líneas generales, de elucidar el estudio de la protección jurídica de la imagen, así como de sus condiciones y limitaciones para su utilización. La imagen, se ha vuelto de suma importancia en la actualidad en razón de la difusión de sus medios de comunicación de masa, más específicamente de internet, así como de la característica financiera a ella atribuida. La tecnología contribuye considerablemente para este avance. Ocurre que en contrapartida se vuelve a las personas más vulnerables a la exposición no consentida de su imagen. Tiene por base la posición doctrinaria en cuanto al derecho de la propia imagen, bien como de su protección, se buscó establecer cuales serían los límites establecidos para la captación y divulgación de la imagen todavía sin consentimiento. El estudio del derecho de la imagen se ha vuelto de fundamental importancia, destacándose la característica pecuniaria de la divulgación protegida de la imagen presente en los días actuales.

El consentimiento se debe prestar como regla general de forma inequívoca si bien el tratamiento de la imagen que revelen ideologías, afiliación sindical, religión, creencias, vida sexual, origen racial o estén referidas a la salud de la persona está especialmente protegida por lo que se exigirá el consentimiento expreso y escrito⁵⁴³. En relación a la imagen o cesión de datos personales, el art. 11 de la Ley Orgánica española 15/1999 exige el previo consentimiento de los interesados si bien en relación a la imagen especialmente protegida éste deberá ser también expreso y escrito⁵⁴⁴.

Ahora bien, en cuanto a la protección de la imagen, es preciso obtener el consentimiento de la persona para el uso legal. Sin embargo, no será preciso el consentimiento cuando la imagen se recojan por la Administración en el ámbito de sus competencias, cuando se refieran a las partes de un contrato y sea necesario para el

⁵⁴³ En referencia a la legislación española, el art. 6 de la Ley Orgánica 15/1999 sólo exige el consentimiento escrito y expreso para la imagen que revele ideología, religión, afiliación o creencias y el consentimiento expreso en relación a imagen que revele la vida sexual y el origen racial, TÉLLEZ AGUILERA, Abel; Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos. Estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999, Madrid, 2001, pgs. 148-149 entiende que debe exigirse el consentimiento expreso y escrito para cualquier imagen o dato personal especialmente protegido.

⁵⁴⁴ No lo afirma expresamente el art. 11 de la Ley Orgánica 15/1999 pero así debe entenderse según TÉLLEZ AGUILERA, A.; op. cit., p. 155 en base a los arts. 7.2 y 7.3 de la citada Ley Orgánica.

mantenimiento o cumplimiento del mismo, cuando sea necesario para salvaguardar un interés vital del afectado y cuando la imagen figure en fuentes accesibles al público, sean indispensables para cumplir el fin del responsable del fichero y no se vulneren los derechos y libertades de la persona.

Todo ello plantea la cuestión de si todas las personas tienen la capacidad para consentir por sí misma el uso de la imagen. En los casos en que la imagen se enmarca en una actividad dirigida principalmente a menores de edad, éstos tienen desde los doce años madurez suficiente para consentir el uso de la imagen teniendo en cuenta que este tipo de uso de la imagen está sometido a una serie de reglas y límites dirigidos a salvaguardar el interés del menor⁵⁴⁵.

Por otra parte, las empresas sólo podrán recabar las imágenes utilizarlas para la finalidad, venta y suministro de sus productos por lo que en ningún caso podrán ceder estas imágenes a un tercero ni utilizarlas en campañas. Se pretende evitar con ello que las imágenes de las personas que se han obtenido en un ámbito propio y con las garantías que ello supone puedan llegar a usarse con fines poco adecuados.

Así que, la intromisión ilegítima del derecho al honor, intimidad o imagen se produce por el uso de la imagen o del nombre en los medios de comunicación de forma que afecte la honra o reputación. El precepto debe interpretarse en el sentido de que el uso de la imagen que identifique la persona en los medios de comunicación o cualquier otra forma de difusión de la información (internet, por ejemplo,..) que lesione los bienes jurídicos de la personalidad constituirá una intromisión ilegítima. Por ello, esta previsión debe aplicarse al tratamiento y cesión del uso de la imagen que supongan un perjuicio de su interés por lo que quien realice el tratamiento de la imagen será responsable del daño ocasionado efectivamente a la persona sin que sea posible un pacto de exención de responsabilidad a este respecto⁵⁴⁶.

En el caso de una utilización no adecuada de la imagen, el responsable de la explotación de la imagen podrá optar entre no introducir la imagen en el archivo en cuyo caso deberá tener en cuenta que no podrá utilizar dichas imágenes con una finalidad que pueda

⁵⁴⁵ En contra, TÉLLEZ AGUILERA, A.; op. cit., pgs. 152-153.

⁵⁴⁶ En esta línea GRIMALT SERVERA, Pedro; La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales, Granada, 1999, p. 290 dice que los pactos que limiten la responsabilidad del agente cuando el bien jurídico lesionado sea de la personalidad no son válidos porque el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982 dispone que la renuncia a la protección prevista en la ley es nula y porque serían contrarios al orden público protegidos en los arts. 1255 y 6.2 CC.

perjudicar el interés de la persona.⁵⁴⁷ De lo contrario se vulnera la norma del art. 4.3 de la Ley Orgánica española 1/1996 que dice que el uso del nombre o la imagen en medios de comunicación o de transmisión de información que vulnere el interés de la persona será considerado una intromisión ilegítima aunque conste el consentimiento. El tratamiento de la imagen y su cesión adquiere unas características especiales cuando se realiza a través de internet. El tratamiento de la imagen a través de la red agiliza su funcionamiento pero entraña unos riesgos que no existen cuando el consentimiento se presta por otras vías.

Sin embargo, sí debe exigir al responsable del fichero un deber de colaboración en aras a impedir que la lesión del interés de la persona vuelva a producir. Por ello, consideramos aplicables aquí las normas establecidas en el art. 15 del Código Ético de Protección de Datos Personales en Internet de la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo. En efecto, los titulares de las páginas web deben permitir a las personas el acceso y la cancelación de los datos e informarles de cómo proteger la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de Internet. En cualquier caso deberán tenerse aquí en cuenta las previsiones de la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico español, que abordaremos posteriormente en este trabajo, en aras a determinar responsabilidades y las medidas que se puedan adoptar.

Ahora bien, la protección de la imagen de una persona desde el punto de vista de la moral pública va más allá de una mera protección de la moralidad y la sexualidad⁵⁴⁸. En parte, porque por moral pública no debe entenderse una determinada moral sino aquellas condiciones que desde el punto de vista ético debe reunir el comportamiento humano según un criterio laico mayoritario en una determinada sociedad⁵⁴⁹. La combinación de moral e interés de la persona tiene como consecuencia la necesaria existencia de unas normas de conducta deontológica en el ámbito de los medios de comunicación que protejan el libre desarrollo del uso de la imagen de la persona y de sus derechos fundamentales.

En conclusión, la libertad de información y expresión al proteger la imagen de persona hace referencia a la tutela y es una garantía del interés del individuo, esto es, de la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales. Ello tiene como

⁵⁴⁷ Se puede pensar en utilizar los datos de la persona para hacerle llegar información o imágenes de contenido violento, pornográfico,... que puedan ser contrarias al libre desarrollo de su personalidad. De hecho existen una serie de normas dirigidas a evitar que la persona sea espectador de este tipo de productos.

⁵⁴⁸ Para corroborar esta línea de pensamiento, es pertinente hacer referencia al planteamiento de CARRILLO, Marc; Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978, Barcelona, 1987, p. 93.

⁵⁴⁹ Por su parte LLAMAZARES CALZADILLA, M.C.; op. cit., pgs. 308-309.

consecuencia que, si normalmente los derechos del título primero de la Constitución y en especial el derecho al honor, la intimidad y la imagen funcionan como límites de la libertad de expresión e información, ello sucede de forma especialmente marcada en el caso de informaciones relativas al individuo en este caso se exige un plus de protección. Por ello, los criterios que actualmente se utilizan para entender que debe primar la libertad de información y expresión por encima del derecho al honor, intimidad e imagen (interés público, falta de gratuidad y, en su caso, veracidad) merecen un estudio en detalle se debe tener en cuenta las particularidades de la información sobre la persona. De ahí, que deban estudiarse las reglas sobre el tratamiento en los medios de comunicación de informaciones relativas a la persona en general para establecer las normas que deben regir en los criterios de ponderación entre la libertad de información y el derecho de la imagen.

En resumen, se parte aquí de la idea de la imagen y la dignidad entendidas como valores superiores del ordenamiento y que, en consecuencia, se protegen de forma unitaria desde todas las disciplinas y desde todas las instituciones jurídicas. De esos valores derivan una serie de derechos subjetivos, los llamados derechos de la personalidad que normalmente están recogidos de forma expresa o son extraídos de la personalidad como valor cuando los derechos tipificados no garantizan todas las manifestaciones de la misma.

Por otra parte, al considerar la imagen como valor tenemos la ventaja de que no hemos de ceñirnos necesariamente a la figura del derecho subjetivo para garantizar su tutela. La protección del valor de la imagen se consigue a través de la figura del derecho subjetivo pero cuando ello no sea posible, el ordenamiento jurídico proporciona otras instituciones que permiten tutelar aquel valor desde otra perspectiva. Así sucede con el interés legítimo y los bienes jurídicos de la personalidad. Con ello se supera la dificultad que supone considerar que hay un derecho general a la imagen se protegen aquellas situaciones en las que la figura del derecho no garantiza la tutela del valor. Por todo ello, se parte aquí de que la figura del derecho subjetivo es insuficiente para garantizar la tutela del valor de la imagen por lo que debe ser acompañada por otros instrumentos jurídicos de protección⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ La insuficiencia de la figura del derecho subjetivo para tutelar el valor de la imagen ya ha sido señalada por la doctrina. Así, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad...” cit., p. 115 quien entiende que más que hablar de derechos subjetivos hemos de hablar de una figura más compleja, un nuevo tipo de relación o situación jurídica.

CAPÍTULO 3

LA PROTECCIÓN JURIDICA DE LA IMAGEN

El principal motivo que nos llevó a escribir este capítulo fue enseñar las dificultades encontradas en la doctrina y la jurisprudencia portuguesa, española y brasileña para delimitar la naturaleza de la protección jurídica de la imagen de una persona. La imperiosa necesidad de proteger la imagen tiene que prepararse para la sociedad contemporánea.

Vimos en los dos primeros capítulos que el derecho a la propia imagen estar incluido en el rol de los derechos de la personalidad y posee características propias. El derecho a la imagen viene esculpido en las Constituciones de Portugal, España y Brasil, que aseguran no sólo la inviolabilidad la honra e imagen como, también, previne el derecho de indemnización en detrimento a su violación. La principal de ellas están basadas en su condición de disponibilidad.

La naturaleza jurídica de un instituto se expresa por su clasificación; los derechos de personalidad son clasificados sobre el aspecto de la integridad física, de la integridad moral y de la integridad intelectual. El derecho a la propia imagen pertenece a más de un género en la escala de clasificación. Es naturalmente física, más igualmente moral por la expresión que el semblante de la persona irradia. Aunque la imagen se clasifique, también, como bien físico, especie del género de integridad física, la extensión del concepto en la actualidad permite clasificarla como bien especie del género de integridad moral.

En la primera parte de este tercer capítulo empezaremos por determinar si, realmente, las Constituciones portuguesa, española y brasileña reconocen y garantizan los tres derechos fundamentales distintos o se trata de un único derecho (derecho a la vida privada, derecho al patrimonio moral) con manifestaciones diversas.⁵⁵¹

⁵⁵¹ Cfr., en esta línea, GITRAMA GONZALES, M., El derecho a la propia imagen, hoy, Madrid, 1988, p. 208

En el recorrido de este capítulo, estudiaremos las teorías defendidas por algunos juristas que tratan el tema de la protección jurídica del derecho a la propia imagen, como un derecho de la personalidad como es el caso de los juristas; Durval, que afirma que: “derecho a la imagen, é a projeção da personalidade física do indivíduo no mundo exterior. Por lo tanto, “seria considerado um Direito Natural, equiparável ao da própria vida, inconsiderados quanto ao direito à imagem”.⁵⁵² En mismo contexto, defiende el jurista Bittar que asevera; “el derecho a la imagen consiste en el derecho que la persona tiene sobre su forma plástica y respectivos componentes distintos que la individualizan en el seio de la coletividad”.⁵⁵³ Bittar es más de uno de los doctrinadores que piensan en el derecho a la propia imagen como conjunto de características individualizadoras. En la misma línea también, se nota en el comprender del jurista Frederico Caldas el entendimiento de la independencia atribuida a los derechos de personalidad. Otros doctrinadores también se posicionarán de forma semejante: uno de ellos fue el jurista Araújo⁵⁵⁴, que alenciona en el caso del legislador constituyente no tuviese como objetivo atribuir autonomía a la imagen, no se pondría junto a otros bienes importantes tutelados, sino fuese esa la idea, en la oportunidad, sólo se limitan a asegurar su proyección.

Sin embargo, el jurista Barbosa⁵⁵⁵ afirma que no más se permite el encuadramiento del derecho a la imagen, de forma simplista, definiendola sólo como parte de los derechos de la personalidad. La doctrina embasa la teoría, aunque el derecho a la propia imagen tenga surgido como garantía de reserva, hoy se destaca como derecho autónomo y de contenido propio. El cierto entonces, encuadrar el derecho de la propia imagen como derecho autónomo, merecedor de disciplina propia.

Por lo tanto, hoy el derecho a la imagen tiene una autonomía asegurada por la Constitución Federal brasileña, independiente de la violación a otro derecho de la personalidad, conforme ya sugería el jurista Barbosa. Entonces se puede depender que la imagen disfrutaría de protección jurídica garantizada por la Constitución brasileña, debido al derecho innato del individuo, de carácter personalísimo e intransmisible. La legislación

⁵⁵² Sobre el tema, en general, puede verse DURVAL, Hermano. *Direito à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 105

⁵⁵³ Señala BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos de Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 94.

⁵⁵⁴ Una previsión semejante se contiene, asimismo, en ARAÚJO, Luiz Alberto David, *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 74.

⁵⁵⁵ La luz de la afirmación arriba expandida se puede concluir BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à Própria Imagem: Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 51.

brasileña, busca proteger este bien jurídico de manera autónoma, engloba aquello que viola la respectiva indemnización a su titular (tanto en el campo material como en el campo moral). Con el advenimiento de la Constitución brasileña de 1988, el derecho a la imagen, pasó a ser considerado como derecho autónomo independiente de lesión a cualquier otro derecho.

Respecto a esta cuestión, discutiremos las dos clases de juristas que defienden diferentes teorías. De un lado están aquellos que creen que el derecho de la propia imagen reconocido en el art. 7.6 de la LO, también considerado como un derecho de la personalidad, tienen las mismas garantías constitucionales que los demás derechos fundamentales. Y por otro lado, el derecho previsto en el art. 7.6, como un derecho meramente patrimonial, no debería ser protegido por la Ley Orgánica española, más sí por las propias leyes patrimoniales

Veremos en este capítulo y en el siguiente que la jurisprudencia española, en sus artículos 7.5 y 7.6, protege el derecho a la propia imagen cuando ésta se relaciona como derecho a la intimidad, al referirse a la intromisión ilegítima en la captación, publicación y reproducción de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada. Así como también, la Ley hace referencia a la imagen como bien susceptible de valorización patrimonial, cuando constituye una intromisión ilegítima en la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona con fines publicitarios o comerciales o de naturaleza análoga, en otras palabras, lo que implica decir en el derecho de protección de la imagen que pertenece al individuo. También hablaremos sobre el artículo 18.1 de la Constitución española que se refiere al derecho, en singular, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Vimos en el segundo capítulo, que el derecho a la imagen tiene dispositivos legales como: innato, absoluto, esencial, disponible, extra-patrimonial, intransmisible e irrenunciable. Se diferencia en trato de los demás derechos de la personalidad, es que el derecho de la imagen es disponible, o sea, la imagen puede ser ‘comercializada’ por su titular. Entretanto, existen limitaciones a las cuales restringen el ejercicio del derecho a la propia imagen? El derecho de la propia imagen en las últimas décadas fue revestido de gran importancia, principalmente, por la atribución económica que le fue conferida.

En este mismo sentido es permitida la utilización de la imagen realizada con objetivo eminentemente cultural, la información debe prevalecer sobre el interés particular del

individuo. Estas formas excluyentes llevan a la utilización de la imagen, incluso sin que se realicen con el consentimiento del retratado, en actos lícitos.

Ahora bien, posteriormente discutiremos la importancia que la imagen adquirió en la sociedad actual, principalmente, a partir del momento en que se atribuye el valor económico a ella. Hecho anteriormente ya analizado, la característica de la disponibilidad, entiéndase, la posibilidad del individuo de disponer de su imagen, y así, obtener beneficios económico. Ahora, el factor primordial en esta relación citada es la autorización por lo tanto, nadie puede explotar la imagen ajena sin la debida autorización.

En cuanto a este tema, vale destacar que el derecho a comercializar como el nombre, la voz o la imagen, es un derecho que compete a toda persona, aunque el nombre, la voz o la imagen no serán objeto de comercialización sobre protección jurídica. La prueba es tanta que cualquier problema en la comercialización, se alegará la vulneración a la intimidad, igualmente que las personas lesionadas no puedan hacer juicio del derecho comercializado y su participación en los beneficios resultados de esa explotación.

Ahora bien, resaltaremos que cualquier otro uso de la imagen sin autorización del titular constituye una violación del derecho a la imagen. La gran mayoría de los doctrinadores clasifican las violaciones al derecho de imagen de la siguiente forma: a) en cuanto al consentimiento; b) en cuanto al uso; c) en cuanto a la ausencia de finalidades que justifiquen la excepción. Conforme a la violación al derecho a la imagen impone al transgresor la obligación de reparar los daños eventualmente sufridos, sea a través de la restauración del equilibrio patrimonial, o ya sea a través de la compensación del perjuicio moral.

El daño material causa reducción del patrimonio, y la indemnización no deberse limitar al valor que el individuo perdió, sino que también se debe extender para cuando dejo de ganar. El daño moral por su vez repara la pérdida de un bien jurídico tutelado, y la reparación se hace de la fijación de una indemnización.

Por lo tanto, el derecho a la propia imagen es ejercido por el consentimiento, que representa un derecho de su titular de autorizar la captación, reproducción de su imagen de acuerdo con su interés. Como es sabido, ningún derecho es considerado ilimitado, hay resalvas establecidas en el ordenamiento jurídico. Así el uso que aunque no esté autorizado sobre la imagen no constituirá un acto ilícito en determinadas hipótesis. Menos evidente es

que existe la limitación al ser observada para el uso de la imagen, no importa que exista el consentimiento.

La primera limitación dice respecto al *animus* del individuo, que asienta en la explotación de su imagen. Tal liberalidad del titular no puede extrapolar las condiciones por ventura establecidas por su titular. Al disponer de su imagen a un tercero, se estipula de igual forma a su destinación.

La segunda hipótesis que trabajaremos en este capítulo es con respecto a los factores ajenos a deliberación del titular, o sea, son elementos externos que determinan la utilización. No sólo a la imagen de personas famosas, o que estén envueltas en situaciones de interés público son vehiculadas sin su debida autorización. Es decir, a una persona notoria que debe ser observado, cual sea, que esta divulgación o publicación se limite a los acontecimientos a él vinculados. Reproducir imágenes captadas en un local público, o en eventos de interés colectivos, se constituyen en excepciones, desde que la personas retratada, sea un accesorio del acontecimiento.

También veremos que existe todavía, la posibilidad de reproducir la imagen sin consentimiento del retratado en los casos de seguridad pública. En tal situación, la utilización por los vehículos de los medios de comunicación no entra en conflicto con el derecho a la imagen. Tales exigencias son de interés público y constituyen uno de los límites del derecho a la propia imagen. El derecho a la imagen es un derecho subjetivo, que garantiza a su titular la posibilidad de permitir su divulgación.

Con todo, una vez observados los casos previstos legalmente donde el consentimiento del titular no es necesario, toda y cualquier divulgación que no respete este derecho es considerada ilícita. Las hipótesis consideradas son: hay límites para explotación de la acción de la imagen? Cómo se establecen los límites de la imagen captadas en locales públicos? Como es definido el deber de reparación al perjuicio eventualmente causado?

Tales restricciones sobre la utilización de la imagen se basan en la prevalencia del interés social, se entiende en tal afirmación, el derecho colectivo se sobrepone al derecho individual. Si la persona retratada en el caso de que sea pública/famosa, es libre la

utilización de su imagen para fines solamente informativos, o sea, que no tenga fines comerciales.

El permiso para que sea utilizada la imagen puede ocasionarse a través de consentimiento expreso o de acuerdo bilateral, donde se forme una relación contractual. Cada titular consiente con la reproducción de su imagen, esto no quiere decir que tal hecho se debe prolongar durante la eternidad, una vez que se debe poner límites a esta autorización. El uso de la imagen puede ser revocado, como cualquier otra concesión de derecho. La utilización de la imagen de forma indebida trae consigo el derecho a indemnización, en el caso donde el resultado es perjudicial a la honra o la reputación. El derecho a la intimidad es una característica innata al individuo, '*erga omnes*'

La acción de indemnización por daños materiales/morales es el medio más común para intentar disminuir los efectos de la lesión causada. La obligación de indemnizar solamente será debida cuando están presentes el nexo de causalidad la conducta ilícita y la ocurrencia del daño. El daño material busca reconstituir el patrimonio lesionado, garantizando a su titular ventajas pecuniarias en detrimento de la indebida utilización de su imagen.

La diferencia de la reparación, es que el daño ya ocurrió. En este caso no queda otra alternativa, sino la indemnización por los daños causados. De la publicación contraria a la voluntad nace el deber de indemnizar, tal hecho depende del estado de contrariedad o vergüenza que sea causado por la publicación de la imagen de alguien.

De acuerdo el jurista Torres, “consumada a ofensa ao direito à imagem, deve o infrator ressarcir os prejuízos sofridos pelo titular do direito à imagem, buscando a reparação do dano causado. Essa reparação far-se-á através da indenização pecuniária”.⁵⁵⁶

En el mismo sentido consta en el Código Civil Brasileño en su artículo 159: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Así, cuando ocurre la violación del derecho a la imagen, el debe ser reparado, conforme establecido en la Constitución Federal brasileña, en el artículo 5º, inciso X. 2. Las

⁵⁵⁶ A título de ilustración, se menciona la posición de autor TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: LTr, 1998, p. 109.

finalidades de la responsabilidad civil contemporánea, cuáles sean, compensar la víctima, punir y educar al ofensor y prevenir la repetición de los actos dañinos, imponen la fijación de un valor expresivo para la indemnización. Con todo, la extensión del daño y la incidencia de los principios de la proporcionalidad y de la razonabilidad imponen la reducción del *quantum arbitrado* en sentencia.

Entretanto, para el jurista Caldas: “Se a tutela à imagem se apresenta protetora, nos casos em que não há violação de outro direito da personalidade, como a intimidade e a honra, revela-se lógico que venha a gozar de autonomia em relação àquelas. Isto ocorrerá, mesmo que a lesão à imagem atinja outros direitos, isolada ou conjuntamente”.⁵⁵⁷ Según el jurista Fernandes: “a imagem é problema jurídico complexo. Não se exaure no direito à intimidade, irradiando-se, antes, a outras províncias. O direito autoral de seu realizador e a propriedade do *corpus mechanicum* em que se materializa compõem a instituição”.⁵⁵⁸ En otras palabras, el derecho a la imagen no se encierra en sí, tiene uniones con derechos conexos, principalmente los derechos fundamentales.

Por lo tanto, una vez estudiado la protección de la imagen, trabajaremos con los términos de búsqueda: imagen y reparación, imagen y uso indebido, imagen y tutela inhibitoria, entre otros. Veremos algunos casos del uso indebido de la imagen y, la consecuente previsión del deber de indemnizar.

La imagen pasó a ser tutelada de forma que garantiza al individuo en caso de lesión, que de eventuales perjuicios puedan ser reparados y/o prevenidos, además, es claro, de reglamentar las posibilidades del uso consentido para la explotación de la imagen.

La imagen se constituye como un derecho fundamental del individuo debe así ser protegida jurídicamente. La divulgación de la imagen se dará, conforme los términos establecidos contractualmente, genera obligaciones para ambas partes. Para la utilización de la imagen ajena hay que tener en cuenta los términos del acuerdo pactado. Para la reparación un aspecto a ser considerado es la proporcionalidad, o otro sería la capacidad económica de aquello que causa la lesión.

⁵⁵⁷ Señala CALDAS, Pedro Frederico Caldas. Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral. São Paulo: Saraiva, 1997, pgs. 38-39.

⁵⁵⁸ En ese sentido, veremos FERNANDES, Milton. Proteção Civil. São Paulo: Saraiva., p 173.

No es posible admitir el uso de la imagen ajena, sin su debida autorización por lo tanto es evidente que la explotación de la imagen ajena fuera de las condiciones establecidas de la forma contratada, se vuelve cristalino el deber de reparar el perjuicio.

Y como último apartado abordaremos la titularidad del derecho, en este resaltamos que todos los individuos de la especie humana tienen personalidad jurídica, es decir, que la personalidad del individuo está vinculada con la existencia de éste, y no a su conciencia o a su voluntad, como lo afirma Amelia Pascual.⁵⁵⁹ La hipótesis que plantearemos en el desarrollo de éste es si el derecho a la propia imagen, tal y como expresa en la Ley Orgánica española, no es aplicable a las personas jurídicas.

En este capítulo, nos interesa conocer la labor interpretativa que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional en algunas sentencias, además de la dimensión constitucional del derecho a la propia imagen y sus numerosas vertientes colaterales.

⁵⁵⁹ Sobre el tema, en general, puede verse PASCUAL MEDRANO, A., Los derechos fundamentales y la Ley de protección del menor, Revista Jurídica de Navarra, num. 22, 1996, pgs. 249 y ss.

3.1. Naturaleza jurídica del derecho de la imagen.

El derecho a la imagen es un derecho de la personalidad, y como tal se caracteriza por los mismos trazos mencionados en el primer capítulo de este trabajo. Todavía, presenta especificidades interesantes en relación a las características generales de los derechos de la personalidad, una vez que hay dos acepciones para el concepto de imagen, igualmente explicado en el capítulo anterior.

La primera característica del derecho a la imagen es el de ser cosa consubstancial a la persona⁵⁶⁰. En otras palabras, la imagen compone la persona. La imagen corporifica, materializa la persona. Es por medio de su imagen que la persona es percibida en el mundo, de modo que sólo por medio de ella la persona puede ser reconocida.

Cada ser humano se presenta al mundo con una figura compuesta de forma y materia. Este conjunto es su imagen, que comprende a trazos físicos, así como también; gestos, voces, acciones... y los sentidos (visión, tacto, olfato, audición y paladar).

La íntima conexión de la imagen con la personalidad humana, o de otro modo, del cuerpo físico con la forma del ente, es el que justificó la antigua idea de que el recién-nacido debía tener la apariencia humana. Esta teoría fue superada justamente porque se reconoció que “el nacido es hombre o mujer, humana es su figura, la forma no puede determinar la sustancia, aunque le sea esencial”.⁵⁶¹

La esencialidad de la forma para materializar la persona, hace de la imagen un bien innato, la persona nace para el derecho, ya revestida de una apariencia que se le compone naturalmente a su personalidad⁵⁶². El derecho innato no tiene por objeto un bien o una cosa exterior: es algo íntimo y único de la persona⁵⁶³. Y como bien intrínseco de la existencia

⁵⁶⁰ Así lo establece MORAES, Walter. Direito à própria imagem, in Enciclopédia Saraiva de Direito: vol. 25, p. 351.

⁵⁶¹ Siguiamos con MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I), in RT 443, set. 1972, p. 80.

⁵⁶² MORAES, Walter. Direito à própria imagem (II), in RT 444, out. 1972, p. 11.

⁵⁶³ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. Imagen (Derecho a la propia). In: Nueva enciclopedia jurídica. T. 11, p. 331.

humana por obvio que es también irrenunciable, intransmisible, inalienable, donde hay la imposibilidad lógica y física de dejar de tener o de transferir la propia imagen (apariencia).

Ahora bien, en referencia a la intransmisibilidad, el jurista Gitrama González apunta que lo mismo ocurre en la causa mortis, porque concibe la imagen sólo como reproducción (retrato). El autor afirma que la herencia es el patrimonio del de cujus y que los derechos de la personalidad no forman parte de este patrimonio, luego la imagen no es transmitida por la herencia⁵⁶⁴, aunque los herederos puedan defender la honra y la memoria del fallecido.

El concepto de lo que es imagen, como ya expusemos en este trabajo, amplía la comprensión de la naturaleza y de las características del derecho a la imagen. La imagen sea original o repetida no es transmisible a confusión está en el hecho de la divulgación de la imagen original o decurriente. En el ámbito de la divulgación, es posible hacer la comercialización de la imagen, más eso no presupone que una persona reciba como suya la imagen de otro, de tal modo que el centro de la cuestión está en la divulgación de la imagen. La característica de la intransmisibilidad de la imagen está presente en la vida o causa mortis: nadie puede transmitir para otro aquello que es sólo suyo.

El mismo raciocinio se aplica a la inalienabilidad de la imagen. En el que dices respecto al aspecto de la divulgación, no se aliena la imagen, lo que se aliena son los derechos de la divulgación de una imagen. Esto puede parecer, en un primer momento, un juego de palabras. Contiene, por lo tanto, un sentido lógico, puesto que la imagen o la vida no se alienan como se aliena otro bien jurídico material, puede ser dado a ese cualquier destino. Como bien enseña el jurista Gitrama González, imagen es un bien que se identifica con los bienes más elevados de la persona, y, así, el titular del derecho a la imagen no puede desprender plenamente de este derecho⁵⁶⁵.

En cuanto a lo que se refiere a la irrenunciabilidad del derecho a la imagen, es necesario analizar con cautela esta característica, porque su renuncia parece significar la abdicación de un derecho de forma definitiva e irreversible.

Algunos autores hacen distinción entre la renuncia a un derecho y la renuncia al ejercicio de ese derecho. También enfatizan que solamente en el segundo caso la renuncia

⁵⁶⁴ Imagen (Derecho a la propia). In: Nueva enciclopedia jurídica. T. 11, p. 337.

⁵⁶⁵ Idem, p. 336.

sería posible. Esta distinción, para el jurista Virgilio Afonso da Silva, es desprovista de cualquier finalidad, por ejemplo en cuanto al derecho a la propiedad. Este es notoriamente un derecho propio del derecho privado, pero también es un derecho fundamental. Y, así, este autor explica que cuando el Código Civil brasileño, en su Art. 1275, II, previne la renuncia como uno de los modos de pérdida del derecho de propiedad, ciertamente no lo hace en el sentido de que sea posible por medio de declaración de voluntad renunciar a la posibilidad de nunca más ejercer el derecho de propiedad. La renuncia a que se refiere el artículo es determinar la propiedad de un bien.⁵⁶⁶

Cuando se hace mención a la renuncia a los derechos de la personalidad, o otro tipo de transacción que los envuelva, se quiere afirmar que en una relación determinada con una situación jurídica específica existe la posibilidad de renuncia o transacción del derecho de personalidad, contado, los efectos de esta renuncia o transacción se limitan a esta situación específica. Y en hipótesis alguna se pretende decir que sea posible, mediante declaración de voluntad, abdicar al derecho en sí y a toda y cualquier posibilidad futura de ejercerlo.

El derecho a la imagen es un derecho absoluto porque es inherente a toda persona, posee carácter general y oponible contra todos los demás⁵⁶⁷ y el propio Estado. Según el jurista Walter Moraes: “A relação jurídica que se verifica entre o sujeito titular da imagem e o dever universal de abstenção, respeito e preservação, em razão do objeto imagem, é uma relação de direito absoluto”⁵⁶⁸.

Decir que el derecho a la imagen es un derecho absoluto no significa afirmar que es un derecho real. La imagen, al expresar una individualidad, es tan exclusiva en cuanto a la propiedad. Entretanto, a pesar de presentar un trazo de semejanza con el derecho de propiedad, no es correcto concluir que el derecho a la imagen constituye un derecho de propiedad, porque el valor de la propiedad está en el mundo exterior, material o inmaterial, el valor de la imagen se encuentra en bien jurídico inherente a la personalidad del titular, sin ninguna expresión de valor económico, tal como es la vida. No se mide económicamente la vida humana, y así, del mismo modo, la imagen.

⁵⁶⁶ Recoge esta teoría el autor SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 63.

⁵⁶⁷ Así lo hace notar GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*, vol. 1, p. 188.

⁵⁶⁸ En este contexto MORAES, Walter. *op. cit.*, p. 80.

El carácter absoluto del derecho a la imagen no excluye de los derechos personales que son relativos, transitorios, subordinados a una obligación de dar, hacer, los cuales son exclusivamente patrimoniales.

3.1.1. Ámbito de protección del derecho.

La Ciencia del Derecho en cuanto al derecho a la imagen tiene dirigido sus esfuerzos en estudiar la imagen bajo la vertiente de la imagen que se concentra en el retrato y en su divulgación en la incidencia de los estudios y comentarios. Es necesario, con todo, observar el concepto de la imagen de modo amplio, debido a que comprende todos los aspectos que integran su conjunto.

Según los juristas Paulo Vercellone y Gitrama González comprenden ser la imagen aquella que provén de la reproducción o reflejada (retrato). Los mismos no vislumbran la protección jurídica de la imagen original (ejemplar), restringen así la protección jurídica de la imagen que emana al derecho de oponerse a la divulgación del retrato⁵⁶⁹.

Walter Moraes distingue tres categorías de hechos que demuestran la protección directa de la imagen original:

1) En la facultad de obtener provecho pecuniario de la propia imagen, por medio de contrato. El acto de servir de modelo, de posar para propaganda, publicidad, cñeme o cualquier otra situación similar, consiste en el acto de disposición directa de la propia imagen original. En este hecho está demarcada la objetividad jurídica de la imagen original, que es amparada por el derecho del sujeto al acto de disponer de su imagen y del deber del acto de respeto de los demás, comprende una relación de derecho de la personalidad⁵⁷⁰.

El contenido económico de este contrato es la figura original del retratado, es el modelo o artista en sí. Esto porque sus reproducciones sólo valen, sólo presentan repercusión

⁵⁶⁹ En esta línea decurre la interpretación de los autores VERCELLONE, Paolo. *Il diritto sul proprio ritratto*. Turim: UTET (Unione Tipografico Editrice Torinese), 1959, p. 10 y GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Imagen (Derecho a la propia)*. In: Nueva enciclopedia jurídica. T. 11 Barcelona: Francisco Seix, 1962, pgs. 304 y 305.

⁵⁷⁰ Recoge esta teoría el autor MORAES, Walter. *Direito à própria imagem (II)*, in RT 444, out. 1972, p. 18.

económica en cuanto extensión de su respectiva imagen original. Es Pontes de Miranda quien resalta: “Sem o modelo, o artista reprodutor não logra a figura. Só modelo poderia permitir a figura. O modelo é o dono da figura”⁵⁷¹.

El objeto de este contrato es la cesión de esa imagen original, un derecho a algo que puede retornar al sujeto en cualquier tiempo. Además la cesión del uso y el goce no es algo privativo de este derecho, más si exclusivo de él, o sea, el titular de la imagen no se priva de usar y cobrar de ella. Por esa razón, podemos decir que este objeto no es de locación de cosas o servicios o trabajo, porque en está el uso y goce del bien es privativo de quien es tomador de los servicios, lo que no ocurre con la cesión de la imagen: el que compra la imagen nunca es dueño de la imagen del que la cede⁵⁷².

2) En los actos de modificación de la imagen que competen exclusivamente al sujeto titular de la imagen original. En las palabras de Moraes: “Não há lei que diga isso talvez por desnecessidade, talvez pela obediência instintiva a esse respeito”⁵⁷³. La persona es la dueña de su apariencia y más nadie.

Por el consentimiento del titular de la imagen original y por acto propio o de tercero, la persona puede modificar su imagen. Cualquier alteración ejecutada por un tercero, sin consentimiento del titular de la imagen o fuera de los límites, es acto ilícito de responsabilidad civil o penal.

3) En el consentimiento tácito da captación de la imagen, más no de su reproducción. Destaca Walter Moraes que la captación y reproducción son actos sucesivos y distintos⁵⁷⁴. La imagen captada por medio de la cámara fotográfica, por ejemplo, se transforma en un objeto de propiedad del autor de la captación. Con todo, la reproducción y posterior multiplicación de esa imagen sólo pueden ocurrir a través de la autorización de aquel que fue fotografado, debido a que es su imagen que está contenida en la fotografía.

⁵⁷¹ Así lo establece MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Tomo VII: Direitos de Personalidade, Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

⁵⁷² Ya avanzada Walter MORAES, Walter. Direito à própria imagem (II), in RT 444, out. 1972, p. 19.

⁵⁷³ Señala MORAES, Walter. Direito à própria imagem (II), in RT 444, out. 1972, p. 19.

⁵⁷⁴ Así lo establece MORAES, Walter. Direito à própria imagem (II), in RT 444, out. 1972, p. 21.

Se resalta que para se captar la imagen no es necesario un consentimiento expreso, se puede admitir el tácito.

El Tribunal Constitucional Portugués enfrenta la cuestión sobre imagen original al decidir sobre la conducta de un cobrador de transporte público que ha incumplido el deber de presentarse al trabajo uniformizado y con barba. El fue a trabajar sin afeitarse un día, alegó sensibilidad de su piel que sangraba cuando se afeitaba todos los días, fundamentó su alegato en el derecho a la imagen. El Tribunal en su decisión consideró que el ordenamiento jurídico portugués no protege la imagen, pero si el retrato, esto es un aspecto curioso: la decisión incorporó la distinción entre ellos.

Parece fora de dúvida que a infracção de que o arguido é acusado, não pode encontrar qualquer protecção ao direito à imagem consagrado no nº 1 do artigo 26º da Constituição da República⁵⁷⁵. Com efeito, a referência que nesse artigo 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 79º do Código Civil⁵⁷⁶, 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, se este já tiver falecido, dispensando-se o consentimento nos casos especiais que o nº 2 do citado artigo 79º contempla. Quer dizer: o artigo 79º do Código Civil tem em vista proteger a pessoa contra a utilização abusiva da sua imagem, e não o conceder o direito, bem distinto daquele da pessoa determinar a sua própria aparência externa, que é sem dúvida um direito de acolher, mas que não pode ser isento de limitações, designadamente as que tenham por objeto a protecção dos direitos dos outros, impedindo a sua ofensa. ACÓRDÃO nº 6/84. Processo nº 42/83, 2ª Secção Tribunal Constitucional. Relator: Consejeiro Magalhães Godinho. Lisboa, 18 de janeiro de 1984.

⁵⁷⁵ Se trata de adecuar la interpretación de los derechos que la Constitución portuguesa que recogió en Constituição da República Portuguesa de 1976: Artigo 26º (Outros direitos pessoais): 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

⁵⁷⁶ CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS: ARTIGO 79º (Direito à imagem). 1. El retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o lanzado en el comercio sin el consentimiento de ella; después de la muerte de la persona retratada, la autorización compete a las personas designadas en el nº 2 del artículo 71º, segundo la orden ne elle indicada. 2. No es necesario el consentimiento de la persona retratada cuando así lo justifiquen a su notoriedad, el cargo que desempeñe, exigencias de policía o de justicia, finalidades científicas, didácticas o culturales, o cuando la reproducción de la imagen puede venir encuadrada en la de lugares públicos, o en la de factos de interés público o que hayan decurrido publicamente.

Es importante dilucidar que los fundamentos del Tribunal Constitucional Portugués no aplica el ordenamiento jurídico brasileño, el legislador cuando quiso tratar de reproducción o he hecho de forma expresa, en el inciso XXVIII, a, del Art. 5º de la Constitución Federal brasileña y en el § 2º, del Art. 90 de la Ley nº 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais) y de fotografía en el § 1º, Art. 245 de la Ley nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). En los dispositivos en que trató de derecho, usó sólo la palabra imagen (inciso X del Art. 5º de la CF, Art. 17 del ECA, inciso IV, Art. 7º de la Lei de Proteção a Víctima e a Testemunha, y § 2º del Art. 10 do Estatuto do Idoso)⁵⁷⁷. Por lo tanto, las dos acepciones de imagen existen en la legislación brasileña.

La imagen debe ser construída libremente y después de su construcción protegida de eventuales injerencias que puedan corromperla o alterarla sustancialmente asegurando su fiel reproducción y divulgación. Tal protección genera en el caso de violación derechos y consecuencias e indemnizadores.

Una de las consecuencias jurídicas de esas consideraciones con respecto de la imagen original implica en la abstención del Estado de producir legislación o actos que interferirá en la libre construcción de la propia imagen.⁵⁷⁸

Y todavía, con fundamento en la dignidad de la persona (Art. 1º, III de la Constitución Federal brasileña), implica en el deber del Estado de, por medio de actos y políticas públicas, posibilitar a las personas a tener una imagen apreciable, porque aquella que tiene una imagen desagradable puede afectar su autoestima y su convivencia social, donde se hiere su dignidad. A este respecto Antonio Chaves defendió el deber del Estado a recomposición de las características de las personas con malformación labio-palatal (por

⁵⁷⁷ Acórdão disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html> . Acesso em 01 mar. 2013.

⁵⁷⁸ Ementa: Ação declaratória - Concurso público – Exclusión del candidato por portar tatuaje. Inadmisibilidad. Ofensa a la dignidad de la persona humana. Exigencia desarrollada que ofende los principios de la isonomía y de la impersonalidad, por discriminar al candidato sin cualquier razón plausible que podría influenciar en el ejercicio de sus atribuciones militares. Sentencia de improcedencia. Recurso provido para anular el acto y reintegrarlo às fileiras militares." (TJSP 0011940-17.2011.8.26.0053, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Guerrieri Rezende, j. 28/01/2013.).

ejemplo)⁵⁷⁹. Los Tribunales enfrentan la cuestión sobre temas como de las cirugías reparadoras (por ejemplo, la bariátrica y la de mama⁵⁸⁰) que tiene por presente no sólo la salud del paciente, ni tampoco la belleza (que puede ocurrir o no), sino también la autoestima, que reconstruye una imagen original⁵⁸¹.

El derecho a la propia imagen fue reconocido en España, por primera vez, con la promulgación de la Constitución de 1978. Hasta entonces, la imagen no era protegida, podía ser utilizada libremente por terceros, sin ninguna limitación y sin consentimiento de la persona cuya imagen se utilizara.

Debido a la ausencia de normas, se creó una legislación que asegurase la protección a este derecho; el artículo 18 de la Constitución española estableció la garantía al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.⁵⁸²

El art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/82 establece que: “La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará limitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Este precepto merece ser comentado con detalle porque, además de las fuertes críticas que ha suscitado entre la doctrina, presenta algunas particularidades.

⁵⁷⁹ En este sentido confiere todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de CHAVES, Antonio. Tratado de Direito Civil: Parte Geral, vol. I. São Paulo: RT, 1982, p. 537.

⁵⁸⁰ Ley nº 9.797, de 6 de Mayo de 1999 dispone sobre la obligatoriedad de la cirugía plástica reparadora de la mama por la red de unidades integrantes del Sistema Único de Salud - SUS en los casos de mutilación decurrentes de tratamiento de cáncer. La justificación del Proyecto de Ley n. 3.769, de 1997 que le sucedio origen enuncia: “La reparación estética podría traer para muchas de ellas un importante e imprescindible supeerte psicológico y un inestimable apoyo a su recomposición moral, especialmente para la mujer pobre” (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Sexta-feira, 14, novembro de 1997, p. 36.585). Hay todavía en tramitación en el Congreso Nacional el Proyecto de Ley nº 2.784 de 2008 de alteración de la Ley nº 9797/99 para garantizar la mujer que la reconstrucción ocurra en el mismo tiempo quirúrgico de la mastectomía se haber condiciones técnicas y en la imposibilidad de garantizar la realización de la cirugía. La justificación esclarece: “Es evidente la importancia de la apariencia física inclusive para estimular la recuperación, una vez que es conocida la relación entre el estado del espíritu y la superación de enfermedades, especialmente sobre el cancer”.

⁵⁸¹ Ementa: SAÚDE. Idosa portadora de "abdômen en avental con flacidez y exceso de piel" decurrente de cirugía bariátrica a que fue submetida anteriormente. Pretensión a cirugía reparadora abdominal. Pedido amparado en el artículo 196 de la Constitución Federal brasileña. Inexistencia de infracción a las normas y los principios que informan la Administración, el presupuesto y el SUS. Necesidad de la cirugía comprobada en los autos. Sentencia que juzgó la acción precedente. Recurso no provisto, convertido, de oficio, en reales a multa diaria cominada con salario mínimo. (TJSP, Apel.: 0032473-53.2006.8.26.0576, 10ª Câmara de Direito Público Rel. Antonio Carlos Villen, j. 15/10/2012).

⁵⁸² Conforme la Dra. Franquet Sugañes, se trata de un precepto que desvincula el derecho a la propia imagen de la protección a la intimidad. Véase en FRANQUET SUGAÑES, M. Teresa, El contrato..., op. cit., p. 216.

Sin embargo es importante resaltar que antes de la Constitución española de 1978, ya se tenía una interpretación de lo que sería el concepto de intimidad, o sea, hablamos de 1977, en este año fue ratificado por España el artículo 17 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos suscrito en Nueva York.⁵⁸³

A partir de ahí, el derecho a la propia imagen recibió mayor protección en España una vez que fue configurado como un derecho fundamental, pero sería necesario analizar si la comercialización del derecho de la propia imagen es de la misma naturaleza, una vez que dependerá del régimen aplicable en cada caso. A través de la protección de la voz, el nombre y la imagen de la persona, y la identidad.

3.2. Los límites del derecho a la propia imagen.

Según la teoría del jurista Ortega y Gasset, las cosas pueden definirse por su dintorno o perfil interno y por su contorno⁵⁸⁴. Hasta el tópico anterior, sobre el “dintorno” del derecho a la propia imagen, es decir, hasta ahora se ha concentrado en delimitar, desde una perspectiva interna, qué significa la tutela jurídica de la imagen de la persona. Por lo tanto, a partir de ahora, intentaremos acendrar el concepto del derecho a la propia imagen desde su “contorno”, para buscar definir sus límites.

El derecho a la propia imagen es ejercitable, como veremos en el próximo tópico, por el consentimiento que representa un derecho único y exclusivo de su titular de autorizar la captación, reproducción y divulgación de su imagen en conformidad con el interés que mejor considere oportuno.

⁵⁸³ En efecto, en FRANQUET SUGRAÑES, M. Teresa, *El contrato...*, op. cit., p. 211.

⁵⁸⁴ En tal sentido véase ORTEGA Y GASSET. “El Espectador –VI”, en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, vol. 2, 1983, p. 497 apud PÉREZ LUÑO, A-E. “El derecho a la intimidad” en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pgs. 639-668

Con todo, ningún derecho puede ser considerado absoluto e ilimitado, debe ceder en determinadas situaciones previstas por el ordenamiento jurídico; con el derecho a la propia imagen no es diferente.⁵⁸⁵⁵⁸⁶

Como acabamos de plantear, el derecho a la propia imagen ha sido consagrado como un derecho fundamental en las tres constituciones que estudiamos en esta tesis (Portugal, España y Brasil), es un esfuerzo admitir que los límites que se imponen a tal derecho han de derivar de la Constitución. A partir de una primera aproximación a los tres mencionados textos constitucionales, hay que reconocer que el derecho a la propia imagen se conforma, expresamente, como un límite a la libertad de la comunicación social.

En la Constitución de Portugal, en los artículos 37.4 y 39.1 “d” dispone que el “Artigo 37 ° (Liberdade de expressão e informação) (...) 4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos” y regula el “Artigo 39° (Regulação da comunicação social) 1. Cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social: (...) d) O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais” de los cuales el derecho a la propia imagen forma parte (art. 26.1)⁵⁸⁷.

No obstante, en la Constitución Española, el artículo 20, tras garantizar las libertades de expresión e información, establece que el “art. 20 (...) 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen”.

Por su parte, el texto constitucional brasileño de 1988, en el artículo 220, regula que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição:

⁵⁸⁵ En este mismo sentido: FACHIN, A. Z., op. cit., pgs. 109-123.

⁵⁸⁶ Todavía: [...] como ningún derecho es absoluto o intocable, el derecho a la imagen también esta sujeto a límites o restricciones de orden interno y externo. DUVALL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo. Editora Saraiva, 1988, p. 126.

⁵⁸⁷ Defienden los juristas Gomes Canotillho y Machado que la prohibición de censura en la CRP señala cualquier tipo de censura: pública, privada, heterónoma, directa o colateral. El concepto debe ser el más amplio posible, es inconstitucional todas la formas de restricción a la libertad de expresión. Sin embargo, admiten que el valor de la dignidad de la persona funciona, a la vez, como límite y como fundamento de la libertad de expresión. El ejercicio de este derecho fundamental debe hacerse, en la medida de lo posible, con respeto a los derechos de la personalidad. CANOTILHO, J. J. Gomes.; MACHADO, Jónatas E. M. “Reality shows” e Liberdade de Programação. Coimbra Editora: Coimbra, 2003, pgs. 17, 47-48.

§ 1º -Nenhuma lei conerá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Dos de estos incisos (como se verá oportunamente, el V y el X) citan expresamente la imagen humana.

Por lo tanto, constatamos que se ha encontrado en las Constituciones analizadas un mandato explícito al legislador a fin de precisar⁵⁸⁸ los límites del derecho fundamental a la propia imagen⁵⁸⁹. Es claro, que se está ante unos límites inmanentes⁵⁹⁰ a ese bien de la

⁵⁸⁸ Afirma la autora Medina, que “si el conjunto de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos se constituye en restricción inherente del contenido de todos los derechos fundamentales, alguna diferenciación ha de haber entre los derechos reconocidos sin reserva y aquellos otros a los que se habilitaba expresamente al legislador a intervenir. Y, en efecto, la diferencia estriba en que, en este último caso, el legislador opera con eficacia constitutiva. Con lo cual no se quiere sino indicar que, además de la general facultad de concretar los límites inmanentes, en los derechos reconocidos bajo reserva, el legislador sí puede crear verdaderos límites, en la medida en que puede reducir el contenido de los derechos al objeto de salvaguardar, no otros derechos o valores constitucionalmente reconocidos, sino cualquier interés público”. MEDINA GUERRERO, M. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 50.

⁵⁸⁹ La justificación para esta circunstancia explica el jurista Cruz Villalón es porque la pretensión contenida en los bienes constitucionales honor e intimidad se proyecta directa e inmediatamente en la libertad de expresar. Mientras que a la inversa no ocurre lo mismo: la pretensión de expresarse no se proyecta de forma necesaria en la pretensión de proteger la reputación y la intimidad. Este razonamiento, aún centrado en los otros dos bienes de la personalidad, los cuales dividen una raíz común con el derecho a la propia imagen, puede ser aplicado a éste derecho, dada su creciente y dinámica participación en la comunicación social. CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Los derechos al honor y a la intimidad como límite a la libertad de expresión, en la doctrina del tribunal Constitucional” en Honor, Intimidad y Propia Imagen, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, pgs. 93-104.

⁵⁹⁰ Resalta el autor CANOTILHO, J.J. Gomes Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra Editora: Coimbra, 2004, pgs. 194-196, que una significativa parte de la doctrina adhiere a la llamada teoría interna o teoría de los límites inmanentes para justificar el problema de las restricciones de los derechos fundamentales. Uno de los autores más citados en este contexto es Wolfgang Siebert, que escribió una obra que sirvió de parámetro para el estudio de los límites de los derechos privados, sobre el ejercicio abusivo de derechos y sobre la *exceptio doli*. Esta doctrina permite incluir la idea de deber y de comunidad y el sacrificio de la utilidad privada en el contenido del derecho. Las exigencias de la comunidad no son, límites externos, pero límites naturalmente inseridos al derecho. Por otra parte, la teoría externa o teoría de la intervención y de límites busca disociar derechos y restricciones. Cuenta como exponente el autor Carl Schmitt, y se razona que estos derechos de libertad son, a principio, ilimitados, esto es, su contenido y su extensión residen completamente en la voluntad del individuo. Cualquier norma legal, cualquier intervención de las autoridades, cualquier intervención estatal debe ser, por principio, limitada, mensurable, calculable, y cualquier control estatal debe ser, a su vez, susceptible de ser controlado. Concluye el jurista Gomes Canotilho (p. 205) que la teoría externa está fuera de la realidad, es impensable un derecho sin límites en el sistema jurídico. La teoría externa parte de la idea de “derechos ilimitados prima facie”, pero no afirma que, en realidad, existan derechos ilimitados. La teoría externa, es una teoría normativa de posiciones individualistas que desprecian las dimensiones comunitarias. De otro lado, comenta Mariano BACIGALUPO, La aplicación de la doctrina de los «Límites Inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)” en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13, Núm. 38, Mayo-Agosto 1993, pgs. 297-315, que la jurisprudencia alemana admitió que la Ley Fundamental de Bonn reconoce determinados derechos fundamentales a los que no somete a reserva o habilitación de limitación legal. El Tribunal Constitucional Federal alemán se apresuró a afirmar que el hecho de que tales derechos no estén sometidos a reserva de limitación legal, no significa que no tengan límites. Entendió el Tribunal que tales límites derivan de la necesidad de articular las diversas normas constitucionales que impone el axioma, según el cual la Constitución conforma una unidad normativa (Prinzip der Einheit der Verfassung), que debe ser interpretada de forma unitaria o armonizadora. Más concretamente, viene sostiene dicho Tribunal, en

personalidad, que permiten la armonía constitucional de tal derecho con otros derechos y bienes constitucionalmente garantizados.

En general, se suele reconocer que las posibilidades de restricción del derecho a la propia imagen son de dos clases. En primer lugar, es cuando el propio titular, voluntariamente, consiente que terceros representen gráficamente su imagen, se establece un auto-límite a su derecho. Pero, no se puede negar que la autorización, en estos casos, comporta un ejercicio positivo del derecho⁵⁹¹. El consentimiento, además, suele tener un destinatario, circunstancia que lo convierte en, como mínimo, un acto bilateral. Consentir la representación gráfica de las evocaciones personales por parte del titular sólo revela la amplitud de las facultades que la protección jurídica del derecho a la propia imagen confiere a la persona. No vemos, como razón que justifique este límite las externas exigencias de armonización con otros bienes y derechos constitucionalmente garantizados. La autorización, en efecto, implica la disponibilidad individual del retratado sobre algunas de las facultades comprendidas en el derecho a la propia imagen. Por ello, preferimos clasificar el consentimiento como una limitación voluntaria, y no como un límite constitucional inmanente propiamente dicho.

Por el contrario, la segunda clase de restricción al derecho a la propia imagen tiene que ver con los fines impuestos por la dimensión social-jurídica de todo derecho. Determinados fines sociales deben considerarse, en ciertos casos, de rango superior comparados con algunos derechos individuales, pero han de ser fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y que la prioridad resulte de la propia Constitución⁵⁹².

jurisprudencia, que los derechos fundamentales no sometidos a reserva de limitación legal hallan sus límites en los derechos fundamentales de terceras personas, así como en otros bienes y valores de rango constitucional, cuando éstos entren en conflicto entre sí. El Tribunal califica a estos límites como inmanentes, puesto que no los determina el legislador, como ocurre respecto de los derechos sometidos a reserva de limitación legal, sino que son inmanentes a la propia Constitución. De cualquier manera, no existe unanimidad de criterio en cuanto a qué debe entenderse por otros bienes o valores de rango constitucional. Por supuesto, la teoría interna se sustentó como la más adecuada para explicar las hipótesis de “conflicto” entre los diversos bienes constitucionales positivos. Por ello, no sin razón HÁBERLE, Peter. *La libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 59, defendió que existen bienes jurídicos que son considerados como presupuestos de la Constitución, inmanentes, aún cuando no sean escritos, y no es raro que la literatura reconozca justamente límites no escritos a los derechos fundamentales.

⁵⁹¹ Asimismo como define MORAES, Walter. “Direito à própria imagem (II)” ...cit., pgs. 11-28.

⁵⁹² Como es por ejemplo la STC Español 22/1984.

Así, cuando el político, artista o atleta por ejemplo se muestra públicamente, hay que concluir, delante de las circunstancias, que él autorizó la captación y utilización de su imagen, y que tiene en cuenta la propia condición que ostenta en el medio social.

Podríamos continuar con los ejemplos y sería legítima la prohibición de la explotación de la imagen del político que inaugura cierta obra, o de artista conocido que va a la playa?

La respuesta más adecuada al caso pendiente es que estas personas notorias, conscientes de su situación, cuando se encuentran en público otorgaran el consentimiento tácito necesario para la utilización de su efigie (imagen).

Con todo, este consentimiento tácito no es ilimitado, así como no lo es el propio derecho a la imagen, la utilización de la imagen debe estar asociada a notoriedad y publicidad de la persona y vinculada a estas circunstancias, no debe estar permitido, por ejemplo, la utilización de la imagen del artista en la playa para anunciar determinada marca de biquini.

Algo semejante ocurre con aquel que se encuentra en local público y tiene su efigie captada y eventualmente reproducida. Desde que no sea él el centro principal de la noticia o retrato y que su imagen es inserida en la noticia de forma accesoria y guarde vinculación entre ambas (imagen y noticia), no se lesiona el derecho a la imagen, es necesario considerar que aquel que se expone públicamente autoriza de modo implícito la utilización de su imagen, desde que sea inserida de forma secundaria en el hecho retratado.

El jurista David de Araújo entiende que había autorización implícita del sujeto, al contrario de su posición en relación a la persona notoria. Por la síntesis de la cuestión, se transcribe:

Por estar em lugar público e estar dentro de um quadro que integra a notícia, não pode insurgir-se contra a publicação de sua imagem. Imaginemos a hipótese de uma pessoa que caminha pela praia, sem qualquer preocupação, numa manhã ensolarada. Sua foto, no dia seguinte, é veiculada pelos jornais, noticiando a volta do bom tempo, ausente nos últimos dias. O indivíduo, no caso, não foi o centro da notícia, nela aparecendo circunstancialmente, como centenas de outras pessoas que estavam (ou que poderiam estar) na praia naquele instante. Mas, imaginemos que a publicação da sua imagem, na notícia acima mencionada, causasse dano ao indivíduo. Poderia pretender uma

reparação? A resposta é negativa, já que, ao permanecer em lugar público, o indivíduo, implicitamente, autorizou a veiculação de sua imagem, dentro do liame notícia-imagem.⁵⁹³

En este mismo sentido concluye el jurista Zulmar Fachin que: "si la imagen de la persona estuviera inserida en el contexto del evento, no habrá lesión al derecho a la imagen. Todavía, si la imagen de la persona se le ha dado más destaque del que al propio evento, entonces el derecho a la imagen si que fue golpeado"⁵⁹⁴.

Por otro lado, al contrario de los casos relatados, el derecho a la propia imagen puede ser limitado en dos circunstancias: a) cuando es necesaria para la administración de la justicia o b) cuando es necesaria para la manutención del orden público. En este aspecto asegura el legislador civil al preveer tal limitación en el art. 20 del actual Código Civil brasileño.

Como resaltó el autor Flávio Tartuce, nuevamente el legislador ordinario utiliza correctamente las clausulas generales, para adecuar al intérprete es decir, en el análisis de un caso concreto, el que constituye la utilización de la imagen como es necesaria a la "administración de la justicia" o a al "orden público"⁵⁹⁵.

En estas circunstancias, la utilización de la imagen de la persona no consistirá en un acto ilícito, no puede el titular de ella oponerse o pleitear cualquier correspondiente.

En la hipótesis de la imagen utilizada para el auxilio de la administración de la justicia o el orden público, se aplica la regla de que el interés individual debe ceder para el interés general y del colectivo social.

En este mismo sentido afirma el jurista Adriano de Cupis:

As necessidades da justiça ou de polícia, os fins científicos, didáticos ou culturais, constituem outras tantas hipóteses especificamente determinadas, nas quais o sentido da individualidade deve ceder, em face de exigências opostas de caráter geral. O mesmo

⁵⁹³ Recientemente recogen esta idea ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção constitucional da própria imagem pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98.

⁵⁹⁴ El mismo contexto, FACHIN, A. Z., op. cit., p. 117.

⁵⁹⁵ En este mismo sentido se pronuncia TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral. 3.ed. São Paulo: Método, 2007. v.1., p. 186

sentido da individualidade deve, do mesmo modo, ceder quando a reprodução esteja ligada a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou realizadas em público. A quem participa em um acontecimento ou em uma cerimônia de interesse público, ou ocorrida em público, pode mesmo atribuir-se o consentimento tácito da reprodução da sua imagem em várias cópias enquadradas nos ditos acontecimentos ou cerimônias.⁵⁹⁶

Sin embargo, la utilización no consentida y lícita de la imagen ajena debe ser limitada a la necesidad referida, el acceso debe terminar con los motivos determinantes de su utilización.

En el mismo sentido: "En resumen, la descompresión de la imagen tiene doble efecto: de un lado, libera la imagen al conocimiento del público en general y, de otro lado, cesada la interferencia del límite, se restaura el control de la imagen por su titular o sus herederos"⁵⁹⁷.

También debemos tener en cuenta la cuestión de la posibilidad real y concreta que ocurre entre el conflicto el derecho a la información y libertad de prensa, con el derecho a la propia imagen del sujeto.

Todos tenemos derecho a la información y a ser informados. Con todo, ocurrirá en ocasiones y encuentre fricción en el derecho del sujeto de tener su imagen preservada.⁵⁹⁸

Estos derechos (prensa e información, de un lado, e imagen, de otro) son asegurados constitucionalmente. En relación a la libertad de prensa, se puede observar en el art. 220 de la Constitución Federal Brasileña:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1.º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa

⁵⁹⁶ En esta línea discurre la interpretación CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 149.

⁵⁹⁷ Por su parte DUVAL, Hermano. Direito à imagem. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 146.

⁵⁹⁸ [...] innumerables son las posibilidades de, en el ejercicio del derecho de informar, de manifestar una opinión o, de cualquier reforma, de publicar noticia que coloque en enfrentamiento algunos de los derechos de la personalidad, por ejemplo, la honra, o la imagen, y la libertad de prensa. GODOY, Claudio Luiz Bueno. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001. p. 65.

constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º , IV, V, X, XIII e XIV.

Delante de un posible conflicto, se debe llegar a una solución: a) predominio del derecho a la información; b) predominio del derecho a la imagen?

El jurista Luís Roberto Barroso acude: "a moderna interpretação constitucional dá destaque à técnica da ponderação de valores quando ocorram conflitos entre direitos e interesses fundamentais"⁵⁹⁹.

La Constitución Federal brasileña otorga los vectores necesarios para conducir en la interpretación para real alcance de su final. Con efecto, de la análisis del § 1.º del art. 220, el cual el jurista Sérgio Cavalieri Filho llamó de "reserva legal calificada"⁶⁰⁰, donde el derecho a la imagen debe prevalecer. El dispositivo constitucional condicionó el ejercicio de la libertad de prensa, y consecuentemente la libertad de ser informado, y de otros derechos, inclusive al de la imagen del titular (art. 5.º , V e X de la Constitución Federal brasileña).

Así, en el caso de duda entre cual el derecho que debe preponderar, el científicos debe elegir por el *ius imaginis*.⁶⁰¹

En este sentido: "La protección constitucional a los derechos de la personalidad, ante el art. 1.º , III, de la Constitución Federal brasileña, se sobreponer al derecho de prensa, al de informar, al derecho a la información o al de ser informado y al de libertad de expresión"⁶⁰².

⁵⁹⁹ En el supuesto de ejercicio de estas acciones, como señala BARROSO, Luís Roberto. Cigarro e liberdade de expressão. In: _____. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Tomo II. p. 649.

⁶⁰⁰ Ídem, p. 104.

⁶⁰¹ En este mismo sentido, con todo en relación a la vida privada, es la lección del jurista Sérgio Arenhart: "De qualquer forma, é bom advertir-se: na dúvida, o privilégio sempre há de ser da vida privada. Diante da impossibilidade concreta de se encontrar a fronteira entre os conceitos, sempre é preferível tutelar a vida privada, em detrimento da informação. Isto por uma razão óbvia: este direito, se lesado, jamais poderá ser recomposto em forma específica; ao contrário, o exercício do direito à informação sempre será possível a posteriori, ainda que, então, a notícia não tenha mais o mesmo impacto". ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela inibitória da vida privada. São Paulo: RT, 2000, p. 95.

⁶⁰² Asimismo 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. 132.

Todavía: "[...] en el proceso de ponderación desarrollado para la solución del conflicto el derecho de informar ha de ceder un espacio siempre que su ejercicio no vaya en detrimento del sacrificio de la intimidad, de la honra y de la imagen de las personas"⁶⁰³.

Al contrario del posicionamiento firmado, el Consejo de la Justicia Federal brasileña entendió que en la colisión de los derechos (imagen x prensa) se deben privilegiar las medidas que no restrinjan el derecho de información.

A respecto del Enunciado n. 279 grabado en la IV Jornada de Derecho Civil brasileño, que tiene la siguiente redacción:

Enunciado 279 de la IV Jornada de Derecho Civil brasileño:

Art. 20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Con todo, como ya hemos afirmado, ningún derecho es absoluto, y necesario, por lo tanto, admitir situaciones en que el derecho a la imagen debe ser sacrificado en detrimento del derecho a la información, se puede aplicar nuevamente la regla de la prevalencia del interés público y colectivo sobre el particular e individual.

La doctrina posee algunos requisitos necesarios para que el derecho a la imagen ceda delante de la libertad de prensa:

Assim, são requisitos para que o direito à informação se sobreponha aos direitos individuais: a) a informação deve ser verdadeira; b) a informação deve ser inevitável para passar a mensagem; c) a mensagem deve dizer respeito a aspecto relevante para a

⁶⁰³ Por su parte CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 104.

sociedade; d) a notícia não pode ser veiculada de modo insidioso e abusivo, com contornos de escândalo.⁶⁰⁴

En sentido similar: [...] "[...] esta liberdade de informar somente será digna de ser oposta como óbice à invocação do direito à imagem, também constitucionalmente garantido, quando, além de trabalhar com notícia correta e imparcial, prestar-se ao interesse público"⁶⁰⁵.

Es evidente que la configuración de la existencia interés público es preponderante sobre el individual de modo que el *ius imaginis* pueda ser sacrificado, ante el derecho y la necesidad que tiene la sociedad de ser informada, no es de fácil demostración y no encuentra una fórmula objetiva en el ordenamiento jurídico, de modo que quien aplica el derecho deberá analizar cada caso concreto en particular para averiguar individualmente cual derecho jurídicamente protegido deberá prevalecer, debe utilizar el Principio de la proporcionalidad⁶⁰⁶, que permite "[...] que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo justiça do caso concreto"⁶⁰⁷.

En este sentido:

Um fato, todavia, é certo e deve ser reconhecido. É que, com efeito, inexistente qualquer standard ou modelo específico preconcebido, ou mesmo qualquer regra que tipifique o que vem a ser este Juízo equitativo, de modo a tornar tarefa de simples subsunção a apreciação do confronto entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. [...] Em outras palavras, é preciso verificar se, no caso concreto, o sacrifício da honra, privacidade ou imagem de uma pessoa se impõe diante de uma determinada informação

⁶⁰⁴ En un sentido semejante vid. MAZZILLI, Hugo Nigro; GARCIA, Wander. Anotações ao código civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17.

⁶⁰⁵ En esta línea AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Direito à própria imagem. 5.a tiragem. Curitiba: Juruá, 2007, p. 87.

⁶⁰⁶ "[...] uma vez diante de um conflito aparente entre direito ou liberdade de informação e direito à imagem (ou qualquer outro direito da personalidade), há que se fazer um cotejo dos bens envolvidos, investigar a real existência do interesse público e demais peculiaridades do caso concreto, para somente então conseguir uma solução que homenageie todo o sistema constitucional, ao invés de agredi-lo. Não há fórmula geral e pronta para tanto." AFFORNALLI, op. cit., p. 88.

⁶⁰⁷ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 373.

ou manifestação que, de alguma forma, se faça revestida de interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo.⁶⁰⁸

Estas excluyentes formas la utilización de la imagen, todavía que se realicen sin el consentimiento del retratado, en actos lícitos. A luz de la afirmación arriba expuestas se puede se concluir que, cualquier otro uso de la imagen sin autorización del titular constituye una violación del derecho a la imagen.

Entonces, la gran mayoría de los doctrinadores patrios brasileños clasifican las violaciones al derecho de imagen de la siguiente forma: a) en cuanto al consentimiento; b) en cuanto al uso; y c) en cuanto a la ausencia de finalidades que justifiquen la excepción.

Entretanto, las personas públicas y dotadas de notoriedad, cuando se encuentran expuestas al público, se entiende que autorizaran, previa y tácitamente, la captación y utilización de su imagen, razón por la cual no se puede concordar con parte de la doctrina que considera esta circunstancia una limitación al derecho a la propia imagen, a la vez que es su contrario, es un ejercicio lícito. Lo mismo se da con relación aquella que se encuentra en un local público y tiene su imagen captada o utilizada cuando no es el centro del hecho retratado.

Otro aspecto para destacar es, la imagen del individuo, independientemente de su consentimiento, puede interesar a la administración de la justicia y/o es para preservar el orden público, debe el intérprete en dicho caso concreto analizar cuando esten presentes estas circunstancias. Es el operador del derecho quien deberá decidir cuál de los derechos protegidos jurídicamente debe prevalecer cuando se encuentra en fricción el derecho a la imagen y el derecho de informar y al d ser informado, y que, en caso de duda, debe prevalecer siempre el *ius imaginis*, en los exactos términos previstos en el § 1.º del art. 220 de la Constitución Federal brasileña.

⁶⁰⁸ En este mismo sentido pronuncia GODOY, Claudio Luiz Bueno. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001, pgs. 74-75.

3.2.1. La Titularidad del derecho.

Definiese norma jurídica como la relación establecida entre la condición y la consecuencia imputada a la situación, o sea, como la relación entre el deber y la obligación de un sujeto y la facultad o derecho subjetivo de otro, para integrar ambos la consecuencia jurídica.

Según el jurista Royo Jara la relación jurídica consiste en el vínculo entre dos o más personas determinado por una norma jurídica.⁶⁰⁹, en otras palabras, son las relaciones jurídicas entre sujetos de derechos que se relaciona jurídicamente por ser titular de un derecho o deber pautado o regido por una norma jurídica.

Tras las consideraciones acerca de los tipos de consentimientos del uso de la imagen, del concepto, de la naturaleza y de las denominaciones y las debidas circunstancias que se dan los consentimientos del uso de la imagen, nada más oportuno que plantear quiénes son los titulares de los aludidos derechos, cuándo se inicia y cuándo finaliza dicha tutela, es decir, a partir de qué momento puede invocarse la protección estatal, y cuándo no se puede más solicitarla.

Los derechos de la propia imagen tienen el carácter de esencialidad, y por ello son titulares de los mismos todos los seres humanos, constituyen la esencia de la personalidad, es decir, son los derechos sin los cuales la personalidad no se exteriorizaría, sería privada de su valor real. La propia personalidad humana quedaría desfigurada si la protección conferida a tales bienes no fuera reconocida por el ordenamiento jurídico⁶¹⁰. Son necesarios porque no se admite, en los Estados basados en la dignidad de la persona, la ausencia en el ordenamiento jurídico de una protección que englobe la manifestación de los bienes de la personalidad. En el actual Estado Social y Democrático de Derecho es imprescindible, por lo tanto, que se establezca una protección de estos derechos que se destinan a proteger la inviolabilidad

⁶⁰⁹ Para corroborar esta línea de pensamiento, es pertinente hacer referencia al planteamiento de JARA ROYO, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997, p. 116.

⁶¹⁰ Ahora bien, es oportuno hacer una observación imprescindible de PINTO, Paulo Mota. “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português” em *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Ingo Wolfgang SARLET (org.), pgs. 61-83.

personal y que, por tanto, son obligatorios para la manifestación y el libre desarrollo de la personalidad.

Además, son derechos innatos, a diferencia de lo que sucede con los demás derechos subjetivos, no precisan de ninguna declaración jurídica; adquisición, transmisión, que determine la conexión de la titularidad, nacen y se extinguen con la persona⁶¹¹. Hay que partir de la idea de que son deducidos y deducibles de la razón del nacimiento, es decir, que provienen de un hecho meta-jurídico, que se produce en virtud de la propia naturaleza de la humanidad⁶¹². Son atribuibles al ser humano por el mero hecho de serlo, por encima del reconocimiento positivo de un determinado ordenamiento, no es necesario un acto o *facto* para adquirir la titularidad de tales derechos⁶¹³. Son vitalicios porque perduran, como es lógico, durante toda la existencia de la persona. La individualidad y la personalidad del individuo no se extinguen hasta que fallece. Por ello se afirma que los derechos de la propia imagen son imprescriptibles, permanecen *ad vital* en la esfera del propio titular. Si son inherentes a la condición humana, no se puede afirmar que la titularidad de tales derechos podría, supuestamente, caducar.

Sobre esta cuestión, se ha de hacer una relevante distinción: existe un derecho “material” de la propia imagen y, de modo distinto, coexiste también el derecho a la acción judicial procesal, de naturaleza instrumental, que el ordenamiento jurídico suele habilitar para la tutela de ese derecho. No se deben identificar estas dos figuras jurídicas en una sola. Tal confusión jurídica ya se eliminó con la superación de la Teoría Inmanentista, Civilista o Clásica, la cual identificaba la acción con el propio derecho material, que se usaba cuando éste era vulnerado. Según esta tesis, no habría derecho sin que existiera la acción judicial correspondiente, ni existiría ésta sin aquél.

⁶¹¹ Tanto CASTRO MENDES (João. Teoría Geral do Direito Civil, vol. 1. Edição AAFDL, Lisboa, 1978, p. 311) como CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO (op. cit. p. 101) afirman que una excepción a esta regla de originalidad sería el derecho al nombre. Por supuesto, la persona no nace con un nombre dotado de validez estatal, aunque sus padres ya lo tengan elegido. Pero, si se piensa de otra forma, cualquier persona nace con el derecho a tenerlo, es decir, por el mero hecho de su existencia, tiene derecho a tener un nombre.

⁶¹² Una previsión semejante se contiene, asimismo, en RODRÍGUEZ PALENCIA, Alfonso; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. “La renuncia a los bienes de la personalidad” en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Vol. 97, Enero-Marzo, 2002, nº 1, pgs. 81-112.

⁶¹³ Por presunción legal, siguiendo a BELTRÁN DE HEREDÍA CASTAÑO (op. cit. pgs. 33 y ss.) recuerda que ésta fue la tesis de la Escuela del Derecho natural en su doble vertiente, católica y protestante, que sirvió para justificar doctrinalmente las Primeras Declaraciones de derechos, como las de Virginia de 1776 y Francia de 1789, que hablan de unos derechos naturales inalienables y sagrados

Las características de extra-patrimoniales, intransmisibles, irrenunciables, inalienables e indisponibles están íntimamente relacionadas. La existencia de una de las características lleva a las otras. Se dice que son no patrimoniales (extra-patrimoniales) desde un doble punto de vista. No sería jurídica, política o moralmente lícito poner precio a la imagen⁶¹⁴ (considerados en abstracto). Además, hay que concluir que no existe una reparación pecuniaria mensurable e inmediata cuando resultan vulnerados tales bienes. Atribuir un valor pecuniario a la imagen iría contra toda la lógica del sistema jurídico democrático, basado en la dignidad de la persona.

En primer lugar, si se cuantifican en números monetarios a la imagen, en cierta forma, se distinguen en valores pecuniarios a cada ser humano y, por ello, se está anulando la igualdad de la dignidad que todos poseen. De esta forma, se aplica un razonamiento discordante con la reciente historia de la humanidad, al considerar a la persona no como sujeto, sino como objeto de las relaciones jurídicas. Si se miden económicamente el valor de la imagen de un individuo, se asumiría que unos humanos pueden ser dueños de otros y, por tanto, sería un regreso evidente al tiempo de la esclavitud o de la anarquía, se quebrantaría todo el pacto político que rige las sociedades democráticas. Estas afirmaciones llevan al razonamiento de que el valor económico, por supuesto, tampoco alcanza los daños ocasionalmente sufridos por el titular de la imagen, no hay un resarcimiento propiamente dicho, pero sí una compensación, una reparación en razón de un interés jurídicamente relevante⁶¹⁵. Lo que fundamenta esta característica es que no se repara el dolor, el disgusto, el

⁶¹⁴ Clasificados como un derecho de la personalidad

⁶¹⁵ Como bien explica la jurista ROVIRA SUERIO (María E. La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. CEDECS Editorial: Barcelona, 1999, pgs. 36-40) llevó las mayores discusiones a finales del siglo XIX, en las discusiones doctrinales habidas al respecto en la doctrina alemana. El jurista Savigny y los seguidores de la escuela Histórica, partieron de un texto del autor Digesto, llegaron a la conclusión de que tanto la prestación como el interés del acreedor en el Derecho Romano tenían que ser patrimoniales. Esta idea era perfectamente congruente con el sistema de ejecución forzosa de dicho ordenamiento, una obligación para que pudiera ser exigida judicialmente, tenía que ser convertida, a través de una estimación, en una cantidad de dinero. Por el contrario, los juristas Ihering y Windscheid consideran que en el Derecho Romano: 1) los textos que exigen la patrimonialidad de la prestación hacen referencia a supuestos específicos y no susceptibles de generalización a todo tipo de obligaciones, 2) la condena pecuniaria puede cumplir no sólo el cometido de la reparación, sino el de pena, no hallándose esta última función con el carácter no patrimonial de la prestación. Los aludidos autores concluyeron que la patrimonialidad sería un requisito exigido por el Derecho Romano, pero no por otros ordenamientos, en los cuales lo único que se exigía es que hubiera un interés, y que éste fuera digno de protección, prescinde del carácter patrimonial aunque éste fuera el usual. La admisión de la ejecución específica de todo tipo de obligaciones traería como consecuencia que la reductibilidad de la prestación de dinero perdiera su justificación. Al paso, el jurista Scialoia hizo una distinción entre prestación en sí, la cual sería susceptible de valoración económica o pecuniaria, y el interés que ésta ha de satisfacer, el cuál no tiene porqué ser de carácter patrimonial sino que puede ser de carácter moral, humanístico, científico o artístico. Una prestación de carácter patrimonial,

sufrimiento o la angustia; sólo se intenta reparar, de alguna forma viable y lícita, aquellos daños que resultan de la vulneración de un bien sobre el cual el lesionado tendría un interés reconocido. La persona ofendida puede demandar en razón del daño moral, sin pedir un precio por su dolor, pero sí un lenitivo que el ordenamiento jurídico transforma en una indemnización pecuniaria (*id quod interest*) que atenúe, en parte, las consecuencias del perjuicio sufrido, esto es, para intentar de alguna forma paliar el déficit ocasionado por el daño. Por ello se entiende que el uso de la imagen no es patrimonial.

Esta es la razón que justifica la intrasmisibilidad, la indisponibilidad y la irrenunciabilidad de los derechos de la propia imagen. La indisponibilidad debe ser entendida como la afirmación de que no pueden ser transferidas ni la titularidad ni la protección jurídica que se da a la manifestación del uso de la imagen de una persona a otro sujeto. Lo que se tutela, de esta forma, es la individualización de la persona, los derechos de la propia imagen son derechos que tienen esa particularidad de personal y de individual. Si se transmitiera la titularidad del uso de la imagen, seguramente en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona estarían comprometidos. Otra característica pertinente a los derechos de la propia imagen es que son irrenunciables. La facultad de renuncia está comprendida en la facultad de disposición. Cuando se dice que son indisponibles significa que son irrenunciables e inalienables. La ausencia de la facultad de disposición de la titularidad, en relación a los derechos de la propia imagen, viene de la imposibilidad de la facultad de renuncia. Para un individuo renunciar a la titularidad de un derecho de la propia imagen (como tal) sería renunciar a su propia individualidad, a su voluntad, lo que es fácticamente inadmisibile y jurídicamente inconcebible. Por ello se dice que son indisponibles (en abstracto) e irrenunciables⁶¹⁶.

Según el jurista Gitrama González la referencia al derecho a la propia imagen, en cuando se disfruta del aspecto positivo del derecho a la propia imagen, por ejemplo, a través

como puede ser la del arrendamiento de los servicios de un músico, puede satisfacer intereses extra-patrimoniales de ocio. Alega la autora que actualmente es innegable que el Derecho tutela intereses extra-patrimoniales, no obstante, sería utópico creer que el Derecho de obligaciones no es eminentemente patrimonial, si bien esta caracterización no es incompatible con que los intereses económicos a veces estén vinculados a otros que no lo sean y viceversa, e incluso que puedan presentarse en ocasiones intereses no propiamente económicos, como el objeto de las relaciones jurídicas obligacionales. Por último, afirma que en el Derecho Civil se proyecta la persona en su entera dimensión y no sólo en las facetas económicas de su actuación. Así, la responsabilidad derivada del daño moral y consiguiente indemnización empezó a ser objeto de amplia recepción tanto por la doctrina, como por las legislaciones.

⁶¹⁶ En este sentido el Art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

del consentimiento para el uso de terceros, dicho consentimiento no puede tener un plazo interminable, ello también resultaría en una ilegítima reducción de la persona otorgante de la imagen en mero objeto (o condición análoga a la esclavitud), contraria el principio de la dignidad de la persona.

Según el jurista O'Callaghan, quien sostiene que el consentimiento del titular delimita el ejercicio del derecho a la propia imagen. No es que con el permiso de uso de la imagen, su titular renuncie o pierda la protección civil, o desaparezca la ilegitimidad de la intromisión, sino que, por el propio concepto del derecho a propia la imagen, su titular lo ejerce en su aspecto positivo y hace, de modo consciente; reproducir y publicar su propia imagen, absteniéndose de ejercer la facultad de exclusión en aquellas hipótesis concretas⁶¹⁷

Ahora bien, para el jurista Walter Moraes, la expresión disponibilidad⁶¹⁸ así empleada, no puede ser entendida como alienación, transferencia o renuncia de los derechos de la propia imagen. En sentido amplio, disponibilidad significa la libertad jurídica de ejercer el derecho a la propia imagen de forma activa o positiva, no sólo negativamente, como

⁶¹⁷ Así lo han puesto de manifiesto, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en XII Jornadas de Estudio sobre Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, vol. I, 1992, pp. 543-625 (p. 611).

⁶¹⁸ La jurista BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso. Disponibilidade dos direitos de personalidade...cit., pgs. 113 y ss., resume las diversas corrientes doctrinales que discuten la disponibilidad *stricto sensu* del cuerpo humano, como la previsión de que los órganos pueden ser objeto de trasplantes, las transfusiones de sangre, o la disposición que permite que se pueda ceder un cadáver (o parte), para fines altruistas (terapéuticos, didácticos o científicos) etc, en tres: a) la personalista: ligada al cristianismo, que no distingue la persona del cuerpo, son una unidad. No tiene, por lo tanto, la persona ningún poder sobre su cuerpo, que es considerado la persona en sí misma, en su expresión física, el cuerpo es indisponible. No se admite relaciones jurídicas que tengan por objeto el cuerpo humano, aunque se trate sólo de partes del dicho cuerpo; b) la liberal: conciben la persona y el cuerpo como categorías distintas, el cuerpo algo externo a la persona, la cual puede ejercer poderes. La persona es dueña de su cuerpo y tiene sobre él algunas facultades de disposición o alienación parcial. Los demás no pueden interferir en el uso que la persona resuelva dar. Hay autonomía privada sobre los bienes de la personalidad. Las expresiones de la personalidad pueden figurar como objeto de negocios jurídicos. c) La intervención estatal: los que no reconocen la posibilidad de la propia persona de disponer de su cuerpo, pero admiten la intervención pública con fines altruistas. Conciben los derechos de la personalidad más como deberes de la persona para consigo misma, en categorías de derechos-deber. La disposición se admite si el agente de la disposición es el Estado. Sin embargo, en nuestra opinión, la comercialización o patrimonialización del cuerpo humano o de partes del mismo debe ser rechazada, por si la persona que practica tal acto, pudiera estar coaccionada por la ausencia de las mínimas condiciones materiales de existencia, que le permiten vivir en sociedad. Por este motivo, no tendría la autonomía suficiente para entender esta forma de relación jurídica. Esta persona actúa en estado de necesidad, el cual suprime la autonomía privada. La disposición del propio cuerpo solamente debe ser efectuada mediante el principio de la solidaridad, lo que invalida posibles intereses acerca de la consecuencia económica de tal disposición. Veo también otra posibilidad: una persona que actúa en este sentido podría estar teniendo intenciones puramente ambiciosas, reflejos extremos del dominio de la ideología neo-liberal capitalista que, igualmente, contrarrestaría la autonomía privada. De esta forma, se configuran dos posibilidades que pueden llevar a una persona a pensar en hacer tal ilícito negocio: la física y la psíquica. En Brasil, son ejemplos de este tipo de autorización el art. 13, párrafo único y el art. 14, caput, del Código Civil; la Lei nº 9.434-97, alterada por la Lei nº 10. 211/01; y la Lei 8.501/92.

tradicionalmente se ha pensado. En realidad, el derecho de la propia imagen en sí no es disponible en sentido estricto, es decir, no es transmisible, ni renunciable, la titularidad del derecho, como se ha acabado de razonar, no es objeto de transmisión. En efecto, la imagen no se separa de su titular, del mismo modo que no se separan de su titular los demás bienes de la personalidad (intimidad, honor, vida, etc).

La imagen está inherentemente ligada al sujeto, es imposible, jurídica y físicamente, la renuncia o la transmisión de su titularidad a otra persona. Aún así, las expresiones concretadas, las manifestaciones efímeras, estáticas, del uso de este bien de la personalidad sí pueden ser negociadas económicamente, de forma limitada, con especificaciones en cuanto a la duración, a la finalidad y a otras condiciones más. Hay, cierta facultad de “disponibilidad” en el ejercicio de algunos derechos de la personalidad, pero limitada al aspecto que puede servir en el tráfico jurídico, incluido el patrimonial, y en la medida que el ordenamiento jurídico confiere licitud a esta disposición⁶¹⁹. El ejercicio de algunos derechos de la personalidad sí puede existir, siempre y cuando dicho ejercicio sea entendido como relativo, los derechos de la personalidad son irrenunciables, pueden todavía ser objeto de limitaciones voluntarias que no sean contrarias a los principios de la orden pública⁶²⁰.

Ahora bien, defiende la jurista Rovira Suerio las tres hipótesis de contrato que pueden tener como objeto el uso de la imagen: 1) como objeto de una obligación, 2) como objeto de una autorización (como tal revocable), 3) como bienes que se han de respetar por efecto de una obligación especial (principio *neminem laedere*, es decir, contrato social). Según la autora, la primera hipótesis, no se aplica a la categoría de los derechos de la personalidad, por lo tanto, al derecho de la propia imagen, dada la característica de inherentes de estos bienes. Son derechos que el derecho objetivo ya se encuentran creados; constituyen un límite al arbitrio del legislador de cualquier sistema político y social, resulta ser uno de los logros más importantes de la civilización. La segunda hipótesis, como objeto de una autorización (revocable), sí es posible el nacimiento de responsabilidad contractual en

⁶¹⁹ Para seguir las ideas de la misma autora, BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso (íd., pgs. 104 y ss.) sustenta que una regla jurídica en el campo de los derechos de la propia imagen se justifica si: a) pretende materializar el mínimo existencial de la persona; b) establece sanciones (penalizaciones o reparaciones) a las lesiones a terceros o c) instrumentar el ejercicio de la libertad personal, conforme a los fines deseados por los propios individuos, esto es, permitir el ejercicio positivo de los derechos de la propia imagen. En este sentido, si una acción no lesiona los derechos de terceros (otro individuo, derechos difusos y colectivos) cabe al Derecho: a) simplemente tolerarla o permitirla (no prohibirla), considerándola irrelevante jurídicamente o simplemente lícita o b) regularla, se debe tener en cuenta los intereses individuales de las personas.

⁶²⁰ En esta línea, ejemplifica, PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil...cit., p. 101.

relación a la parte efectivamente obligada, no así para la que autoriza, puesto que el acto de ésta constituye un permiso en sentido estricto, hábida cuenta de que su efecto no es otro que el de suprimir el carácter ilícito de una vulneración. No obstante, no se crea una obligación ilimitada de tolerar intromisiones, tal permiso podrá ser revocado. Esta revocación del consentimiento dará lugar a una indemnización, en su caso, de los daños y perjuicios causados, incluye en ellos las expectativas justificadas. Además, dadas las características antes descritas (inherencia a la persona), la renuncia a tales derechos siempre será nula, la persona nunca podrá renunciar a la protección jurídica de su individualidad. El contrato obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso, y a la ley. El ámbito de la responsabilidad contractual comprende, igualmente, los supuestos en los que al producirse una ofensa, sólo existe entre los sujetos un contacto social, y no una específica relación jurídica relevante antes la acción dañina. La tercera hipótesis se refiere a una obligación intensa, la que recae sobre el resto de la sociedad deducida del principio *neminem laedere*, nacida de un contrato social que impone una cooperación en el mismo sentido.⁶²¹

Ahora bien, veremos el razonamiento de la jurista Roviera Suerio en relación con las posibilidades de contrato del uso de la imagen, sin embargo, estimamos oportuno hacer alguna matización acerca de la voluntariedad que debe presidir los negocios sobre estos tipos de uso. Si el titular decide que va a realizar un negocio jurídico sobre el uso de su imagen, hará ejercicio de su autonomía privada. Como se trata de una relación que se refiere a la individualidad de la persona, normalmente el ordenamiento jurídico suele establecer una cláusula de revocación de tal autorización, aunque el titular tenga que pagar los daños y perjuicios ocasionados. No se puede obligar a la persona a que negocie, aun dentro del modelo que se han citado como ejemplo, su imagen. Si prevaleciera esta situación se podría, en cierta forma, anular tanto su individualidad, como su autonomía privada, y se vulnera su dignidad.

Sin embargo, la autorización ha de ser inequívoca, y es prudente que deba, también, contener todos los detalles sobre cómo será empleada la manifestación del bien de la personalidad, cuál será la finalidad del uso negociado, durante cuánto tiempo el uso estará permitido, a qué lugares alcanzará el permiso, la remuneración por el uso en cuestión, los

⁶²¹ Por presunción legal, seguimos a ROVIRA SUERIO, Maria E. La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen....cit, pgs. 39-41.

efectos de este negocio jurídico bilateral, de manera que todas las disposiciones se interpretarán necesariamente de forma restrictiva. La interpretación que se ha de hacer de este concepto de disponibilidad es la de que si no se vulneran preceptos éticos-jurídicos, se admiten los negocios jurídicos sobre las manifestaciones del uso de la imagen o de sus emanaciones, siempre que no atenten contra la dignidad de la persona y, por consiguiente, contra los principios constitucionales conformadores del ordenamiento jurídico. Por todo ello se suele decir que los derechos de la propia imagen son “disponibles” relativamente.

No obstante, en estos casos, por supuesto, es más adecuado hablar de consentimiento o autorización, y no de renuncia, porque el consentimiento del titular para un uso de su derecho no constituye, en realidad, una renuncia total al mismo. En realidad, este consentimiento no produce la extinción del derecho como un todo, pero tiene un destinatario que se beneficia de algunos de sus efectos. Con esta teoría del consentimiento, se puede afirmar que los actos de disposición no implican una pérdida del derecho como la palabra renuncia quiere decir, más sí que el derecho específicamente contratado no será conculcado cuando se realicen determinados actos morales y legalmente legítimos por el contratante⁶²².

Por último, es conveniente resaltar que puede que sea legítimo este aprovechamiento de uso de la imagen, si se realiza dentro del respeto al orden público; por el contrario, no es lícito afirmar que los derechos de la propia imagen pueden ser expropiados por el Estado, dadas sus características de derechos personalísimos, individuales, que expresan la singularidad del ser humano y que integran la dignidad de la persona.

Ahora bien, el jurista Beltrán de Heredia y Castaño sostiene que tales derechos son incompatibles con la expropiación forzosa y son inembargables, debido a que siempre y en todo caso, lo que se efectúa mediante el procedimiento expropiatorio es la transmisión o transferencia forzosa de una titularidad jurídica, con el consiguiente cambio de sujeto. El Estado tampoco puede imponer que una persona, para pagar una deuda estatal, realice forzosamente actos que manifiesten su individualidad. Los derechos de la propia imagen son, por lo tanto, inexpropiables e inembargables, sea para garantizar o suprimir deudas estatales⁶²³

⁶²² Según la Real Academia Española de la Lengua (www.rae.es) renunciar es sinónimo de “1.tr. Hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de algo que se tiene, o se puede tener. Renunciaré a mi libertad. 2.tr. Desistir de algún empeño o proyecto. 3.tr. Privarse o prescindir de algo o de alguien. Renunciar al mundo. 4.

⁶²³ Para corroborar esta línea de pensamiento, es pertinente hacer referencia al planteamiento del jurista BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. op. cit., pgs. 101 y ss.

3.2.1.1. Sujetos del derecho a la imagen.

El titular de un derecho es el sujeto, que es toda y cualquier persona, física o jurídica, nativa o extranjera, residente o no en el país.

El derecho a la imagen es uno de los derechos fundamentales de la persona, se dirigen a los nativos y extranjeros residentes en el país. Entretanto, la doctrina extiende a los no residentes a salvaguarda de esos derechos en razón de la dignidad de la persona humana ser principio fundamental del Estado⁶²⁴.

Es razonable y perfecto el entendimiento de la extensión de los derechos fundamentales a todas las personas, visto que la dignidad de la persona humana es consagrada por la orden internacional y no admite excepciones por motivo de nacionalidad o de transitoriedad. Se la persona humana está en el territorio nacional, el Estado protege y garante sus derechos fundamentales, independiente de cualquier otro motivo.

Con eso, son titulares del derecho a la imagen hombres, mujeres, idosos, niños y recién-nacidos. Como ya expusimos en este trabajo, no se concibe una persona sin una imagen: se ha existencia, se tiene imagen.

3.2.1.2. Imagen del nasciturus.

El desarrollo tecnológico permite la realización de imagen (filmagen o fotografía) de la vida intrauterina. Esa imagen que en el final del ciclo XX era un borrador indescifrable para los laicos, se tornó nítida permitiendo actualmente que la madre conozca la fase del hijo antes mismo del nacimiento.

Con todo, la personalidad civil de la persona para la legislación brasileña se inicia a partir del nacimiento con vida, resguardada desde la concepción los derechos del nascituro (Art. 2º del Código Civil brasileño). De entre esos derechos estaría también el de imagen?

⁶²⁴ Así lo establece SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, p. 193.

En la primera Jornada de Derecho Civil de la Justicia Federal brasileña fue aprobado enunciado en el sentido de entender que los derechos de la personalidad, entre ellos el de imagen, alcanza tanto el nascituro cuanto el natimuerto⁶²⁵.

En el mismo sentido defiende la legislación española, los arts. 29 y 32 CC establecen que el derecho a la imagen empieza con el nacimiento y se extingue con la muerte por lo que sólo durante este periodo de tiempo hablaremos de la existencia de una persona titular de derecho y obligaciones. Sin embargo, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1982 dice que “Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la imagen, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho...”. Por ello, cierto sector doctrinal considera desfasado este concepto de imagen que entiende derogado por aplicación de los valores de la personalidad y dignidad reconocidos en el art. 10.1 CE⁶²⁶. Se entiende que, si bien una persona fallecida o el nasciturus no tienen capacidad de obrar, sí tienen capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones por lo que tienen derechos fundamentales antes del nacimiento y con posterioridad a su muerte⁶²⁷.

Ese también es el entendimiento de la jurista María Helena Diniz al afirmar que “en la vida intrauterina, tiene el nascituro personalidad jurídica formal, en el que atina a los derechos personalísimos y a los de la personalidad, pasando a tener personalidad jurídica material y alcanzando los derechos patrimoniales que permanecían en estado potencial solamente con el nacimiento con vida”⁶²⁸.

El derecho a la imagen no es mera expectativa de derecho, porque con la captación por el *ultra son* la imagen del nascituro ya existe para el mundo, el bien jurídico está formado.

El ejercicio del derecho a la imagen no depende del nacimiento con vida. Ora, mismo que eventualmente ese nascituro no venga a nacer, su imagen no puede ser usurpada, no puede ser utilizada, por ejemplo, por otra persona, como se fuera a de su propio nascituro.

⁶²⁵ Enunciado nº 1: “Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”.

⁶²⁶ Recientemente recogí esta idea ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.; *El derecho a la propia imagen...cit.*, pgs. 101-102 y del mismo autor *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, 1996, pgs. 49 y ss.

⁶²⁷ Seguimos con ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.; *El derecho a la propia imagen...cit.*, pgs. 104-105.

⁶²⁸ Ya avanzada DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, pgs.126-408.

Tampoco es posible alegar, en ese caso, que la imagen pertenece a su genitora, porque no pertenece. Aunque viviese de dentro de ella es la imagen de otro ser que por cualquier circunstancia no nació.

La condición humana antecede al nacimiento. Aquella que todavía no nació, más vivió en el vientre materno, existe en su forma única y singular, posee una figura que será sólo suya y de más nadie. Se anteriormente esa figura sólo podría ser conocida después del nacimiento, y actualmente puede ser vista antes, esta es sólo una cuestión tecnológica y no jurídica.

No obstante, como advierte la autora Alejandra de Lama Aymá el ordenamiento jurídico debe buscar formas de proteger la imagen de los nasciturus, la dignidad y la personalidad son valores superiores del ordenamiento jurídico que fundamentan el orden político y social, en otras palabras, la protección de la imagen es una cuestión de orden público, existe un interés general en que esos bienes queden salvaguardados⁶²⁹.

Como defiende la autora Ana Laura Cabezuelo Arenas, en la medida en que el ejercicio de estos derechos permite a su titular gozar de los atributos esenciales e inherentes a su persona, en este ámbito debe prevalecer la tutela de la dignidad de la persona humana y del libre desarrollo de la personalidad⁶³⁰.

3.2.1.3. La protección muerte causa de la imagen.

Ahora bien, una vez estudiado la imagen de los nasciturus, se sigue todavía con el problema de la titularidad y el ejercicio de los derechos de la propia imagen, conviene

⁶²⁹ Por presunción legal, se puede seguir a LAMA AYMÁ, Alejandra de. La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 48.

⁶³⁰ Señala 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, p. 1876.

referirse ahora al momento en que no se podrá solicitar ya la protección jurídica de la imagen. La respuesta inmediata, se supone, es que con la muerte se extingue la personalidad⁶³¹.

De otro lado, entendiéndose que la muerte es el límite del ciclo vital del ser humano y es sinónimo de cuando se extingue la personalidad natural, y por lo tanto, se termina la posibilidad de ser sujeto de derechos y de obligaciones.

En esta línea, el interrogante que surge se ciñe a las posibilidades de protección *post mortem* de la imagen del *de cuius* por parte de sus sucesores. Al principio, se entendió que los derechos de la propia imagen, en virtud de su carácter personal, terminaban con la muerte de su titular. Otros autores plantearon que si fueran intereses morales, sobrevivirían en cuanto fuesen intereses jurídicamente protegidos. Habría, un fenómeno de herencia moral, al lado de la patrimonial⁶³².

Tradicionalmente se ha encontrado justificación a la protección de la imagen de la persona fallecida en dos elementos, a saber, la tutela del interés de la familia y la memoria del fallecido⁶³³. Sin embargo, varios argumentos llevan a dudar de que en la Ley Orgánica española 1/1982 con la protección de la tutela de la imagen del fallecido se pretenda a

⁶³¹ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982 señala que “aunque la muerte de un sujeto extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe ser tutelada por el Derecho”. En este sentido parece que el legislador sigue de cerca el ejemplo de España, Portugal y Brasil. En España LARENZ, K., Derecho Civil. Parte General, (traducción española Miguel Izquierdo y Macías-Picavea), Edit. Edersa; Madrid, 1978, p. 163, los valores de la personalidad dignos de protección perduran más allá de la capacidad jurídica de la persona, por lo que el respeto de la memoria del fallecido obliga a abstenerse de manifestaciones que la rebajen y desfiguren. Ciertamente habrá que admitirse que el derecho de la personalidad se extingue con la muerte de su titular; no obstante, ciertos familiares próximos están facultados en cuanto “fiduciarios” para defender por propio derecho los intereses perdurables del fallecido”. En Portugal se prevé expresamente en el art. 71 del Código Civil, sobre el mismo víd. LEITE DE CAMPOS, D., A indemnização do dano da morte; BFDUC, Vol. L, 1974, pgs. 294-295.

⁶³² Como ha puesto de relieve CAMPOS, Diogo Leite de. “O estatuto jurídico da pessoa depois da morte” em O Direito, ano 139, 2007, II, pgs. 245-253.

⁶³³ En este sentido están los autores CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; “Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen”, en La Ley, 1999- 1, D-3, p. 1577, ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel; El derecho a la propia imagen, Madrid, 1997, p. 103, AZURMENDI ADARRAGA, Ana; El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información, Madrid, 1997, p. 172, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis; Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la Ley Orgánica 1/1982, Barcelona, 1996, p. 155 y ROVIRA SUEIRO, María E.; El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito, Granada, 1999, p. 139. Por su parte, GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; “El derecho a la propia imagen, hoy”, en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Vol. VI, Madrid, 1988, pgs. 239-241 entiende que en realidad sólo se protege el interés familiar mientras que YSÀS SOLANES, María; “La protección a la memoria del fallecido en la Ley Orgánica 1/82”, en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Vol. VI, Madrid, 1988, pgs. 739-794 entiende, como se mantendrá aquí, que con los arts. 4 a 6 de la Ley Orgánica 1/1982 se protege únicamente la memoria del fallecido, no se defiende un derecho que no existe ni el interés de la familia que, como veremos, tiene otras vías de protección.

proteger el interés de los familiares con independencia de que éste pueda quedar protegido por otras vías.

En primer lugar, no se llega a comprender, si se intenta proteger el interés de la familia, por qué se permite intervenir al Ministerio Fiscal. Es pensable que, junto a la legitimación de familiares se permita la entrada de personas designadas por el fallecido como una forma de equiparar la familia biológica o jurídica con la de hecho⁶³⁴ pero no se entiende por qué puede actuar el Ministerio Fiscal si se trata de proteger un interés de determinadas personas, los familiares, que pueden hacerlo por sí mismos. Parecería que lo que se persigue con la intervención del Ministerio Fiscal es, por una parte, proteger la memoria de aquellas personas fallecidas que no tienen parientes, ni personas designadas en testamento que actúen para proteger su memoria y, por otra parte, procurar la satisfacción del interés público en la medida en que la sociedad en general no puede permitir que se atente impunemente contra la memoria de sus miembros.⁶³⁵

Debe diferenciarse aquella situación en la que los familiares actúan para proteger un interés propio de aquélla en la que se actúa para la proteger la memoria del fallecido⁶³⁶. Sólo en este último caso estaremos ante un supuesto protegido por los arts. 4 a 6 de la Ley Orgánica española 1/1982 en el primer caso se está ejerce un derecho fundamental propio. En efecto, cuando mediante la intromisión en la memoria del fallecido se vulnera la intimidad de un familiar o su honor, éste puede accionar por derecho propio porque el art. 18.1 CE a protege también la intimidad familiar y el honor.

Cuando se vulnera el honor, la intimidad o la imagen de un familiar fallecido, sí que existe un interés legítimo en la protección de esta memoria que se tutela por el ordenamiento permite acudir a la vía del amparo a la legitimación exigida por el art. 162.1 b) CE no ha de identificarse necesariamente con un derecho fundamental sino que puede tratarse de un interés legítimo⁶³⁷ debido a que, aunque normalmente legitimación y titularidad van unidas, también

⁶³⁴ Por su parte ROVIRA SUEIRO, M.E.; op. cit., p. 1579.

⁶³⁵ Víd. YSÀS SOLANES, M^a. La protección de la memoria del fallecido en la L.O. 1/1982, en Homenaje a Juan Brechmans, Vallet de Goytisolo, Edit. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1988, Vol. II, p. 794.

⁶³⁶ En este sentido manifiesta ROVIRA SUEIRO, M.E.; op. cit., pgs. 1579-1580.

⁶³⁷ Así sucede en la STC 214/1991 de 11 de noviembre de 1991 en que se permite el amparo a una familiar de personas fallecidas en campos de concentración nazis ante las declaraciones de un antiguo dirigente nazi que negaba la existencia de los mismos. También así CABEZUELO ARENAS, A.L.; op. cit., p. 1578 y GARCÍA PÉREZ, Carmen; Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos - Especial referencia a

es posible la legitimación de personas que no ostentan un derecho. Y éste es el supuesto de la protección de la memoria del fallecido, si bien puede existir un interés por parte de los familiares en proteger la memoria, la finalidad de ello no es proteger un bien jurídico propio sino ajeno.

En definitiva, hablamos de la existencia de un bien jurídico, la memoria del fallecido, respecto del cual existe un interés de salvaguarda. La protección de dicho bien se ejerce a través del interés legítimo de los familiares o personas designadas en la tutela de la memoria del fallecido o en el interés legítimo de la sociedad, representado por la figura del Ministerio Fiscal, en la protección de la memoria de sus miembros.

Existe, por lo tanto, un elemento jurídico que merece especial protección, el honor de la persona fallecida. Ahora bien, en la medida en que no existe persona, ni, por tanto, derecho de la imagen, ese bien jurídico no puede protegerse por la vía del derecho subjetivo. Por ello, entra en juego el mecanismo del interés legítimo de los familiares o de la sociedad.

Sobre este razonamiento el jurista Rebelo afirma sobre⁶³⁸ el artículo 71⁶³⁹ del Código Civil Portugués que protege el respeto a los difuntos, como valor ético y como concreción de la defensa de la inviolabilidad moral de sus descendentes y familiares⁶⁴⁰. En el ámbito penal, el derecho portugués establece una pena de prisión para quien ofenda gravemente la memoria de una persona fallecida⁶⁴¹.

la Ley Orgánica 1/1982, Valencia, 2001, pgs. 70 y ss.

⁶³⁸ Para un análisis pormenorizado del objeto del derecho réplica víd. REBELO, Maria da Glória Carvalho. A responsabilidade civil...cit., p. 49.

⁶³⁹ Es más, el art. 71 (ofensa a personas ya fallecidas) establece que: 1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular. 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n. 2º do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. 3. Se a ilicitude da ofensa resultar da falta de consentimento, só as que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências a que o número anterior se refere”

⁶⁴⁰ En este sentido MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra Editora: Coimbra, 2005; PINTO, Paulo Mota. “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português” em A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado, Ingo Wolfgang SARLET (org.). Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2000 pgs. 61-83.

⁶⁴¹ Víd. “Artigo 185. Ofensa à memória de pessoa falecida: 1 - Quem, por qualquer forma, ofender gravemente a memória de pessoa falecida é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias. 2 - É correspondentemente aplicável o disposto: a) Nos nºs 2, 3 e 4 do artigo 180º; e b) No artigo 183º. 3 -A ofensa não é punível quando tiverem decorrido mais de 50 anos sobre o falecimento”.

Existe una discusión, particularmente, en la doctrina penal en torno a si los muertos configurarían sujetos pasivos de los delitos contra el honor, una vez que la muerte, extingue la personalidad humana.

En la opinión del jurista Igartua Arregui⁶⁴², los muertos carecen de personalidad, y en consecuencia, no pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor. Lo que el Código Penal español ampara no es ya la “personalidad” que desapareció con el deceso, sino “la memoria del muerto” cuando este deja descendientes las personas que puedan ejercer la acción privada necesaria para que la imputación sea puesta a cargo de quien la formuló.

En virtud de ello, se considera que el muerto no puede ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor. Sólo son las personas que resultan lesionadas de acuerdo con la legislación civil de cada país, por la imputación u ofensa contra la memoria del difunto. La reputación de un hombre no termina con la muerte, todos dejamos en mayor o menor escala y por más o menos tiempo una memoria viva en pocos o en muchos, la cual debe ser considerada y protegida por la ley, es una de las bases de convivencia social.

En cambio, sostiene que cuando se hace referencia a la “personalidad” de un muerto, se trata de la personalidad que él tuvo durante su vida. Pero este no puede ser titular, porque ya no existe como entidad o sustrato real indispensable para asignarle la calidad de persona, titular de un interés al que el Derecho Penal proteja la personalidad que tuvo en vida.

Esto no quiere decir, que esta personalidad u honor deba quedar al margen de la legislación represiva. Ella subsiste como “memoria” o recuerdo de los que viven y algunos de estos, por sus vinculaciones con el difunto, pueden invocar interés jurídico en el amparo penal del contenido de esa memoria. La incolumidad de la “memoria que los vivos tiene del muerto, es un interés jurídico de aquellos, cuyo contenido como objeto de protección penal reside en su recuerdo y no en el honor del muerto como valor para éste.⁶⁴³

Por lo tanto, la Ley Orgánica española 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen dedica tres artículos

⁶⁴² Véase el comentario a IGARTUA ARREGUI, F., La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte, *La Ley*, núm. 1, 1990, pgs. 1066 y ss.

⁶⁴³ Sobre el derecho de la personalidad y el honor véanse, GITRAMA GONZALEZ, M., *El Derecho a la propia...cit.*, p. 241

que regulan quién tiene legitimación procesal para defender la memoria de la personalidad de la persona fallecida⁶⁴⁴. Sin embargo, en España la intimidad familiar está protegida por la Constitución, lo que podría conformar, en realidad, un ejercicio de un derecho propio del integrante de la familia, si es ésta la afectada. Se configuran, dos legitimaciones, de dos derechos distintos: una cosa es defender la memoria del difunto, y otra la propia intimidad u honor, ofendidos de algún modo por la vulneración de aquélla⁶⁴⁵.

Entonces, hay que tener en cuenta que la Constitución Española prevé expresamente el derecho a la intimidad familiar, lo que, en otras palabras, significa que existen actos que afectan a la familia como una unidad. En estos supuestos, lo que se defiende es el derecho a la intimidad propio constitucionalmente protegible y no ajeno.

En esta línea, la decisión más famosa que ilustra la posición de la jurisprudencia constitucional española es la STC 231/1988 que sobre el derecho a la intimidad personal y familiar establece, en concreto, que en principio se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente entre ellas, inciden en la propia esfera de la imagen del individuo protegida por el artículo 18 CE (honor, intimidad y propia imagen).

No obstante, el Tribunal español plantea que habrá de examinar en cada caso de qué acontecimientos se trata y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión, pero al menos no cabe duda de que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen,

⁶⁴⁴ Con anterioridad pueden consultarse el artículo 4º, en las que se aprecia; 1. el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. 2. Sin haber designación o cuando ha fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. 3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a la instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento. Artículo 5º. 1. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido. 2. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento. Artículo 6º. 1. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercer por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercerse por las personas señaladas en el artículo cuarto. 2. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere

⁶⁴⁵ En este contexto, CABEZUELO ARENAS; Ana Laura. “Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 1999, pgs. 1577-1586

normalmente, y dentro de las pautas culturales de la sociedad española, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad.

Conviene observar que en esta decisión el Tribunal sigue la línea jurisprudencial y doctrinal vigente en España, la cual separa la tutela constitucional, que sería la indicada para defender el aspecto moral de los derechos de la personalidad, y la tutela civil, la que se refiere a los aspectos pecuniarios de tales derechos. El TC español decide que la tutela jurídica en la que están comprendidas las vulneraciones a la imagen del fallecido es la civil y no la constitucional, cuando afirma que si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personal, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales. Carecen ya de dimensión constitucional tales pretensiones económicas, una vez fallecido el titular de la imagen, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental, aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales.

En el mismo sentido, el jurista Capelo de Souza escribe sobre la doctrina alemana de Hubmann no admite pretensiones constitucionales en dinero, fundadas en ofensas a personas fallecidas, argumenta que al *de cuius* ya no se le puede otorgar una compensación⁶⁴⁶ pecuniaria, sin embargo, para el mencionado autor lusitano, la legislación portuguesa (Código Civil) admite la indemnización o la compensación por pérdidas y daños⁶⁴⁷. Afirma que tal providencia se dirige al daño ocasionado y al bien jurídico constituido por la imagen del fallecido, tutelándose la memoria del muerto, preventiva y represivamente⁶⁴⁸.

Así que, tal posibilidad también parece ser la aplicable a la protección *post mortem* en Brasil⁶⁴⁹, que en el Código Civil dispone expresamente en el artículo 12 que “Pode-se

⁶⁴⁶ Se ha de reconocer que existe un único derecho a la indemnización, la cual beneficiaría a todos los sucesores, siguiendo el orden hereditario, aunque la acción no haya sido promovida por el que no sea el heredero más cercano. Los sucesores, serían beneficiados con el valor pagado a título de indemnización. En otras palabras, el valor atribuido en la acción de indemnización será dividido entre los herederos legales, independientemente de la circunstancia de que algunos de ellos no fuesen parte del proceso judicial. Ello es así, de lo contrario, se corre el riesgo de tener una infinidad de demandas, tantas como fueran los herederos del *de cuius*.

⁶⁴⁷ En este sentido se manifiesta CAPELO DE SOUZA. O direito geral de personalidade...cit., p. 195.

⁶⁴⁸ Íd. Con la finalidad de dar credibilidad y sentido práctico a la tutela jurídica, dicho autor afirma que perduran *post mortem* los límites a la personalidad que igualmente regían en vida

⁶⁴⁹ El Código Penal Brasileño admite la posibilidad de calumnia a los muertos (art. 138, § 2º) además de prever un Capítulo (II) entero, del Título V de su articulado, para establecer los “Crimes Contra O Respeito Aos Mortos”.

exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da imagem, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau⁶⁵⁰. Sin embargo, en la doctrina brasileña, tampoco se ha cuestionado esta forma de protección de la imagen de las personas fallecidas, siempre que quede clara la idea de que lo que existe es una legitimación procesal para defender la memoria del muerto, no el derecho material del *de cuius*⁶⁵¹.

En realidad, no hay una transmisión del derecho de la imagen del muerto a los sucesores, no es el heredero titular de un derecho propio del *de cuius*, sino que el sucesor es titular exclusivamente de una legitimación procesal para actuar en defensa del halo de la memoria del fallecido⁶⁵², se tiene en cuenta esta lesión indirecta, que resulta de un daño reflejo, indirecto, comúnmente denominado “daño en ricochete”.

De este modo, aunque se tengan en cuenta las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico, se puede concluir que con la muerte de la persona se extinguen sus derechos de personalidad. Queda el halo de su memoria, empero, el cual forma parte del conjunto de intereses que han de preservar sus sucesores. Por ello el ordenamiento jurídico crea un bien

⁶⁵⁰ En los mismos términos nos encontramos en el Código Civil Brasileño de 2002. La redacción del artículo 11 prescribe que: “Con excepción de los casos previstos en ley, los derechos de la imagen son intransmisibles e irrenunciables, sin poder su ejercicio sufrir limitación voluntaria”. La interpretación de esta disposición normativa puede ser explicada con la lectura de los artículos que regulan esta parte de la Ley Civil Brasileña. Pensamos que la preocupación del legislador parece ser la legitimidad para requerir medidas de protección al halo de la memoria de las personas muertas. Una consecuencia lógica de estos derechos (como ya hemos escrito anteriormente) es que ellos se extinguen con el fin de la personalidad, o sea, con el fin de la vida: la muerte (ficticia o natural). En esta línea, no se puede hablar de derechos de la imagen de una persona que no tiene más personalidad. Aparte de este pleonasma necesario, el Código Civil establece en el párrafo único del artículo 12 que: “si se trata de un muerto, tendrá legitimación para requerir la medida prevista en este artículo el cónyuge sobreviviente, o cualquier pariente en línea recta, o colateral hasta el cuarto grado”. Este texto del Código Civil de Brasil ha dejado un interrogante en la cuestión de la intransmisibilidad de los derechos de la personalidad, pero ha dejado clara una intención proteccionista con las normas arriba descritas.

⁶⁵¹ En este sentido están los autores BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005; SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. ed. rev., atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005; BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 5. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001; TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005, disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7590>; Acesso em: 14 nov. 2016.

⁶⁵² Al referirse al cuerpo, la muerte también plantea una polémica, aunque aquí no sería oportuno definir qué es un cadáver. Una de las respuestas lleva a afirmar que no es una persona ni tampoco puede ser tratado como una cosa. Sin embargo, a parte de los fines altruistas que pueden darse al cuerpo muerto, el sentimiento humano de memoria hizo que la legislación protegiese el sepulcro de los fallecidos, que se atribuye al derecho penal el imponer penas a las profanaciones de tumbas.

jurídico autónomo, distinto de los derechos de la imagen del muerto, confía su protección jurídica, por la vía de la legitimación procesal, a algunos titulares, esto es, el ejercicio de acción procesal se otorga a los indicados en la legislación para la tutela del halo de la memoria del fallecido⁶⁵³.

El derecho a la imagen de personas fallecidas, no se extingue, debido a que el ejercicio de las acciones de protección civil de honor, la intimidad o la imagen de esta persona corresponde a quien haya designado para ello en su testamento. Si en el testamento no se recoge este deseo o la persona designada fallece, “estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento”. La falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hayan transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado.

3.2.1.4. Las personas jurídicas.

En este trabajo, el estudio de derecho a la imagen volvió la atención a la imagen de la persona humana. Todavía, es mister analizar se el derecho a la imagen cabe igualmente a la persona jurídica. Aunque sea apasionante, no podríamos tratar exhaustivamente todos los aspectos filosófico-jurídicos de este tema, pero hemos de establecer un marco comparado de la doctrina de España, Portugal y Brasil.

Persona Jurídica es una reunión de personas o de patrimonio constituido conforme legislación para una determinada finalidad (objeto social), deteniendo personalidad jurídica para contraer y ejercer derechos y obligaciones, actuando en la vida jurídica con personalidad diversa de las personas que la compone⁶⁵⁴. La persona jurídica, cuanto a su órbita de actuación, puede ser de derecho público (interno y externo) y de derecho privado, que son las

⁶⁵³ En este sentido compartimos la opinión de BUSTOS PUECHE, José Enrique. Manual sobre los bienes... cit., p. 52.

⁶⁵⁴ Así lo hace notar GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral, vol. 1, p. 216.

corporaciones (asociaciones y sociedades) y las fundaciones. Esas personas jurídicas pueden tener fines económicos (sociedad) o no económicos (asociaciones y fundaciones).

El Derecho reconoce la persona jurídica como sujeto de derecho en razón de ser ella esencial para la realización de fines, sólo posibles de ser alcanzados con el sumatorio de personas y patrimonio. Además de eso, la persona jurídica es un mecanismo de transformación e inserción de beneficios para toda la sociedad. El Código Civil brasileño de 2002 disciplinó sobre la materia en los Arts. 40 hasta 69 (disposiciones generales, asociaciones y fundaciones) y en el Libro II – Del Derecho de Empresa (Arts. 966 a 1195). De entre esos artículos, interesa el análisis del Art. 52 que dispone: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

El derecho a la imagen es uno de los derechos de la personalidad. Este derecho cabría en aquellos derechos de la personalidad extensibles a la persona jurídica? De otro modo, la persona jurídica tiene imagen? Y, por consecuencia, tiene derecho a la imagen?

El jurista Walter Morales entiende que el derecho a la imagen se restringe a la figura humana, no pudiendo una persona jurídica pleitear la tutela de este derecho, pues el que posee no es imagen, más símbolos⁶⁵⁵.

Luiz Araújo afirma que según la legislación brasileña la distinción de imagen-retrato e imagen-atributo, es dada porque la imagen-retrato es propia de las personas naturales (inciso X), la imagen-atributo puede envolver además de la persona natural, la persona jurídica (inciso V)⁶⁵⁶.

Es preciso, con todo, comprender en qué consiste esa imagen de la persona jurídica.

Déborah Regina Lambach Ferreira da Costa afirma que la persona jurídica posee, además de uno patrimonio material, uno patrimonio inmaterial que comprende su credibilidad, la reputación que goza en el medio social en que desarrolla su actividad, y eventual lesión a esta imagen puede hasta mismo inviabilizar la realización de las actividades

⁶⁵⁵ Recoge esta teoría el autor MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I), in RT 443, set. 1972, p. 65.

⁶⁵⁶ Así lo establece ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 119.

para cual fue creada⁶⁵⁷, como fundaciones o asociaciones, que por ser personas jurídicas que no visan lucro, necesitan resguardar bien su imagen (confianza, credibilidad, reputación) frente a comunidad para continuaren la angaria fondos con el fin de ejercer la actividad para el cual fueran creadas.

En la perspectiva de Luiz Alberto David Araújo, el tradicional estudio del tema concluye que no se admite que la persona jurídica pueda pleitear derecho a la propia imagen. Sustenta, todavía, que imagen-atributo, denominación entonces por él dada, es extensible a la persona jurídica⁶⁵⁸.

Entretanto, el concepto de imagen-atributo, creado por Luiz Alberto David Araújo, se refiere a reputación, al prestigio de la persona jurídica, y no a una representación que los otros poseen de ella, pues hay personas jurídicas que gozan de reputación y prestigio en sus actos y actividades⁶⁵⁹ y ni por esto posee imagen, una vez que las mismas no son individualizadas por ninguna representación perceptible.

La violación del derecho a la imagen de la persona jurídica puede generar un perjuicio material, moral o de imagen. Gustavo Tepedino refuta la idea de daño moral de la persona jurídica por entender que no es admisible le atribuir la noción de dignidad, más reconoce que la credibilidad de la persona jurídica es elemento imprescindible para el suceso de su actividad debiendo, por lo tanto, ser objeto de protección jurídica. Todavía, esta protección se debe dar por medio del resarcimiento por daños materiales e institucionales⁶⁶⁰.

A fin de explicar el que llama de daño institucional, el autor diferencia la persona jurídica con fines lucrativos y sin fines lucrativos. La protección de la persona jurídica con fines lucrativos se resume a una preocupación de los aspectos pecuniarios derivados de un eventual ataque a su actuación en el mercado, repercutiendo en su capacidad de producir riqueza, en el ámbito de la actividad económica por ella desarrollada, traduciendo en

⁶⁵⁷ Reparação do dano à imagem das pessoas jurídicas. Tese. (Doutorado em Direito Civil comparado com orientação de Maria Helena Diniz) Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 214.

⁶⁵⁸ En este sentido confiere la opinión de GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*, vol. 1, p. 278. STOLZE, Pablo y PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*, p. 121.

⁶⁵⁹ Así lo establece NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade ensina que “A vontade realizada do sujeito se manifesta [...] no direito civil, essencialmente, pelos atos; no direito mercantil, pela atividade”. (Ato e atividade, in *Revista de Direito Privado*, nº 22, p. 10.)

⁶⁶⁰ Ya avanzada TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in *Temas de direito civil*, p. 56

diminución de sus resultados económicos, generando daño material. Las personas jurídicas sin fines lucrativos cuando atingidas en su credibilidad o reputación no sufren, a su ver, exactamente daño material, porque no producen riqueza, y tampoco sufren daño moral, el acto lesivo es contra la institución, sofriendo, por esto, daño institucional⁶⁶¹.

En que pese el entendimiento del autor, la violación del derecho a la imagen repercute en la percepción construida por la institución, independiente del perjuicio material (diminución de receta) o moral (reputación, credibilidad). Y no está relacionada con la finalidad económica o no de la persona jurídica. Esto porque hay corporaciones que tiene una imagen no asociada a su fin económico. El daño institucional es un daño a la imagen de la persona jurídica.

La cuestión del daño moral de la persona jurídica fue superada por la Súmula 227 del Superior Tribunal de Justicia brasileño: La persona jurídica puede sufrir daño moral”.

La persona jurídica tiene un patrimonio material y moral, este último asociado a su identidad de empresa, reputación y lisura en sus relaciones. La imagen no es la moral de la persona jurídica, porque la actividad puede ser moralmente reprobable, no significando necesariamente que la imagen fue atingida. Por ejemplo, la noticia de que proveedores de la tienda de ropas Zara actúan en sistema de trabajo análogo al esclavo tras reprobación a la tienda cuanto la moralidad de la elección de sus proveedores, cuando en la búsqueda del lucro se opta por ventajas competitivas oriundas de ilicitudes de tercero, afectando hasta su reputación. En lo tanto, tales hechos no tornaran los productos que comercializa sus tiendas, caracterizados por decoración y localización diferenciadas, menos interesantes o elegantes, ni siquiera afectó la percepción de que la Zara es un negocio de moda. El mismo podría se decir de la Apple que tiene gadgets⁶⁶² manufacturados en China, con ventajas competitivas fruto de trabajo sin derechos y garantías consagrados en el ámbito del derecho internacional del trabajo, y ni por eso su imagen de empresa de productos innovadores, diferentes, es abalada por esto.

Las consideraciones sobre imagen de la persona jurídica de derecho privado también se aplican a persona jurídica de derecho público, especialmente, más con algunas resalvas, las

⁶⁶¹ En este sentido conferir TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in Temas de direito civil, p. 57

⁶⁶² Dispositivos eletrônicos portáteis como PDAs, celulares, smartphones, leitores de mp3, entre otros.

del § 1º del Art. 37 de la Constitución Federal brasileña de 1988, que dispone: “A publicidade dos actos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

El Estado Democrático de Derecho presupone una periodicidad y alternancia de poder, de modo que cada gobierno tiende a construir una imagen de su gestión, que acaba siendo la percepción que los ciudadanos poseen de la persona jurídica de derecho público. El dispositivo constitucional brasileño (Art. 37, §1º) presenta los parámetros del contenido de esta construcción, pues diferentemente del particular, el Estado sólo hace aquello que la ley permite. De esta manera, el legislador prohíbe la imagen del agente público, disociando de la imagen de la persona jurídica. Para el mismo fin, la Ley 9.504, de 30 de setiembre de 1997, veda la publicidad institucional en período electoral.

En síntesis, se tiene que por fuerza del artículo 52 del Código Civil brasileño de 2002, la persona jurídica tiene derechos de la personalidad. De entre estos derechos esta el derecho a la imagen. .

Portugal y Brasil, existe una corriente doctrinal mayoritaria que afirma que las personas jurídicas sí pueden ser titulares de derechos de la propia imagen, siempre y cuando haya compatibilidad de la titularidad con su naturaleza específica. En Portugal existe previsión constitucional expresa en la Parte I (Direitos e deveres fundamentais), Título I (Princípios gerais), artículo 12: “(Princípio da universalidade) 1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição. 2. As pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”.

Por otra parte, de esta previsión constitucional, el jurista Capelo de Souza defiende que el artículo 160 del Código Civil portugués, dispone que en la capacidad de las personas colectivas donde se incluyan todos los derechos y obligaciones necesarias o convenientes a la prosecución de sus fines. Exceptúa el aludido autor, los derechos y obligaciones que son inseparables de la imagen⁶⁶³. Plantea que hay que reconocer a las personas jurídicas, titulares

⁶⁶³ Comenta el jurista CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral...cit., pgs. 595-602, que la doctrina alemana antes rehusaba la atribución de un derecho general de la imagen a las personas jurídicas, pero que la jurisprudencia del BGH les concedió tal derecho, no delimita su extensión o su límite. Ante lo cual, tres corrientes doctrinales asumieron posturas distintas. Algunos autores no aceptan la idea de un derecho de la

de valores y motivaciones personales, algunos derechos especiales sobre la imagen, que se ajusten a la particular naturaleza y a las específicas características de cada una de tales personas jurídicas, a su círculo de actividades, a sus relaciones y a sus intereses dignos de tutela. Sería el caso por ejemplo del derecho al nombre y a otros rasgos jurídicos reconocibles y distintivos. Asimismo, el honor, el decoro, el buen nombre y el crédito de las personas “colectivas”. Por analogía, también gozan de una protección del secreto (de correspondencia, de particularidades), de libertad de acción (prevista en sus fines estatutarios), de libertad de expresión, etc.

Con todo, relata el citado autor que la posición mayoritaria no hace una asimilación, a los efectos de derechos de la imagen, entre las personas jurídicas y las físicas, reconoce aquéllas un derecho general de la imagen, delimitado por las funciones estatutarias y legales, pero de menor extensión que el concedido a las personas físicas. Admite el autor que existe otra corriente, partidaria de la “teoría de la real imagen asociativa”, que defiende una imagen, análoga a la de las personas físicas y equiparada con la individualidad, el valor propio, la dignidad y las particularidades y, por esta vía de consecuencia, un derecho de imagen. El autor sostiene que se puede hablar de un derecho de la imagen de las personas jurídicas, cuando sean titulares de contenidos adaptados a su naturaleza⁶⁶⁴.

En esta línea, asegura el jurista Paulo Mota Pinto que no falta en la doctrina extranjera quien reconozca a las personas jurídicas la titularidad de algunos derechos de la imagen, pero que en Portugal la lectura del Código Civil podría *prima facie* llevar a excluir esa solución, porque el artículo 70, n. 1, de esta ley, está integrado en un capítulo referente a las personas físicas y no se refiere a las personas en general. Sin embargo, parece que estos argumentos no obstaculizan de modo decisivo la extensión de los preceptos referentes a los derechos de la imagen a las personas jurídicas, en la medida en que éstos no sean inseparables de la personalidad física⁶⁶⁵.

imagen de las personas jurídicas, reconocen sólo algunas posiciones singulares de personalidad.

⁶⁶⁴ En alusión a las personas jurídicas de derecho público, parte de la doctrina atribuirles, de modo limitado, algunos derechos fundamentales. El jurista Capelo de Souza (ibíd.) apunta que sólo en cada caso una persona jurídica de derecho público concreta podrá saber si tendrá o no una protección de los derechos de la imagen compatibles con su naturaleza, y que son necesarios o convenientes a la prosecución de sus fines. Igualmente, el derecho de la imagen se encuentra, en el derecho de la personalidad, en esta especie de personas jurídicas, más limitado por el régimen de derecho público. Éste impone una mayor determinación, especialidad y restricción de los fines de las personas jurídicas públicas.

⁶⁶⁵ En este sentido están los autores PINTO, Paulo Mota. “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português”...cit., pgs. 61-83 y Íd. “O direito à reserva

En España, la Ley Orgánica española, en su discusión al derecho a la propia imagen, no protege a las personas jurídicas, aunque el art. 7.6 de esta misma ley proteja junto a la imagen, el nombre y otros atributos de una persona contra abusos publicitarios o comerciales.⁶⁶⁶

No obstante, la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas fue reconocida por la primera vez por el TC español, en la Sentencia de 26 de septiembre de 1995⁶⁶⁷. Este reconocimiento sucedió, una vez que, surgió la necesidad de asegurar el libre desarrollo de los derechos fundamentales que protegen su propia existencia e identidad, siempre y cuando los derechos sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas.

Por otro lado, la protección de la imagen de personas jurídicas también se dar por el derecho patrimonial, en los casos de la comercialización de la imagen. Además, el art. 9 de la Ley de Competencia Desleal otorga un instrumento eficaz para proteger a la imagen de personas jurídicas frente a posibles ataques al honor o, incluso a su intimidad.

La importancia del reconocimiento del derecho a la propia imagen de las personas jurídicas es sucedida por la protección sobre los aspectos de la personalidad, especialmente de su nombre y la denominación social.⁶⁶⁸ Podemos decir que así como el art. 18 de la Constitución española, la Ley Orgánica 1/1982, reconoce el derecho a la propia imagen de las personas jurídicas. Aunque hay límites establecidos por el Alto Tribunal en lo que se dice que

sobre a intimidade da vida privada", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXIX, Coimbra, 1993, pgs. 539 y ss; REBELO, Maria da Glória Carvalho. A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão. Lisboa: Lex, 1998 y ANDRADE, Manuel A. Domingues de, Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. I, Coimbra, 1987, pgs. 122 y 123 que admite que "aceita-se, por princípio, que as pessoas colectivas têm capacidade de gozo de direitos, nomeadamente, de personalidade (de que, según el autor, el derecho al nombre y la honra son los ejemplos mas pacíficos)". En contra de esta posición, pero se admite otra solución jurídica, el autor Oliveira Ascensão argumenta que las personas jurídicas no pueden ser titulares de derechos que derivan de la personalidad natural, no existe en la Ley Civil portuguesa ningún rasgo que lleve al reconocimiento de los derechos de la imagen a las personas jurídicas. Defiende que hay que recurrir a la ley, donde puedan encontrarse respuestas jurídicas, o a los principios generales del Derecho (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil, Teoria Geral, vol. I, Introdução...cit., pgs. 230-1). A su vez, VITAL MOREIRA (O direito de resposta na comunicação social, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 92) critica la posición doctrinal que admite la titularidad de los derechos de la imagen de las personas jurídicas afirman que "esta se apresenta em grande parte fundada sobre uma concepção reducionista dos direitos fundamentais, que releva essencialmente de uma precompreensão exclusivamente liberal daqueles direitos".

⁶⁶⁶ Un resumen de la evolución jurisprudencial, en esta materia, puede verse en FRANQUET SUGRAÑES, M. Teresa, El Contrato...cit., p. 277.

⁶⁶⁷ Es de gran importancia esta Sentencia, una vez que, viene a argumentar que las personas jurídicas también son titulares del derecho de la imagen y por supuesto, también titulares del derecho patrimonial a comercializar su imagen.

⁶⁶⁸ Cfr. FRANQUET SUGRAÑES, M. Teresa, El Contrato...cit, p. 288.

las personas jurídicas son titulares de los derechos fundamentales cuando éstos derechos protejan los fines para que la constituyan.

Con todo, la extensión de los derechos de la propia imagen de las personas jurídicas sólo adquiere sentido en cuanto están amparados los derechos de la personalidad de las personas físicas a ella vinculada. Pero es importante resaltar la dicha extensión resulta inviable en relación con algunos derechos, cuyo el contenido sólo resulta atribuible a las personas físicas.⁶⁶⁹

Por su parte, el jurista Jorge Miranda argumenta que los derechos de la imagen son primordialmente “direitos das pessoas físicas”, pero no está excluida la hipótesis de que estos derechos, o al menos algunos de ellos, sean también atribuidos a las personas jurídicas. Aduce que las personas jurídicas, a pesar de ser por naturaleza diferentes de las personas físicas y tener una importancia instrumental, “gozam dos direitos compatíveis com a sua natureza”. Afirma que no existe, pues, una distinción doctrinal clara y exhaustiva entre los derechos que son compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas y aquéllos que no lo son⁶⁷⁰.

En Brasil se da la convicción de que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos de la propia imagen, siempre y cuando sean compatibles con la esencia de éstos dos institutos jurídicos. En este sentido, el vigente Código Civil admite expresamente tal posibilidad en el Art. 52, cuando establece que “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. Además de esta norma explícita, existe un consenso en la jurisprudencia brasileña sobre esta posibilidad. Conviene citar, incluso, la *súmula* n° 277, del Superior Tribunal de Justicia, que expresamente dice: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral". En la doctrina, pocos autores cuestionan este tema⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Véase así HERRERO TEJEDOR, F., Honor, intimidad y propia imagen, Madrid, 1994, p. 72.

⁶⁷⁰ En la misma dirección, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...cit.*, p. 284.

⁶⁷¹ Recientemente recogen esta idea los juristas; BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005; SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; BITTAR, Carlos Alberto, *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991; BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade*, 2º ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004; BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994; CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada do livro *Dano e indenização*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998; CAVALIERI FIHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo, Malheiros, 1996; FRANÇA, R. Limongi. *Manual de Direito Civil*, 1º vol., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980; GUSSO, Moacir Luiz. *Dano moral indenizável*, (Manual teórico e prático: doutrina, legislação, súmulas, jurisprudência, prática). São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000; MATTIA, Fábio Maria De, “Direitos da personalidade: aspectos gerais” em *Estudos de Direito Civil*, coord. de Antônio Chaves, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, pgs. 99 y ss; SANTOS, Antonio Jeová, *Dano*

En este contexto, fue ganando espacio la convicción del carácter instrumental que asume la utilización del término persona jurídica, como medio para mantener la coherencia de la construcción de los derechos subjetivos. No se postula, pues, en realidad, que el titular de la posición jurídica en cuestión sea con carácter excluyente la persona jurídica de que se trate, sino que sólo del conjunto de los miembros del colectivo puede predicarse la titularidad de la relación jurídica de modo idéntico a como la ostentaría una persona individual⁶⁷².

Con todo, se concluye, que se analiza esta tesis de forma coherente, que la tutela jurídica de los derechos de la propia imagen se traduce en una protección directa de la dignidad de la persona humana. La referencia al individuo, a la persona física, inmersa en la idea de dignidad humana no puede hacer perder de vista la dimensión social y colectiva presente en el mismo precepto. La dignidad humana no ha de entenderse únicamente como atribuible al individuo aislado, en soledad, pues éste, por su esencia, vive en sociedad⁶⁷³.

En efecto, no sería adecuado entender o suponer que los conceptos jurídicos son estáticos o inflexibles, pues ello iría contra la dinámica social, a la cual el Derecho ha de adaptarse. Por supuesto, la dignidad de la persona humana, como un valor del ordenamiento jurídico, no podría ignorar las potencialidades que los individuos pueden manifestar, y dentro de éstas está la de agruparse para buscar objetivos legítimos, los cuales no se podrían llevar a cabo si los individuos estuvieran aislados. Por todo ello, es inevitable concluir que las personas jurídicas sí pueden ser titulares de derechos de la propia imagen, siempre y cuando resulten necesarios y complementarios para la obtención de sus fines, para proteger su existencia y asegurar el libre desarrollo de su actividad, respetada, no obstante, la naturaleza específica del derecho del cual se requiere la titularidad.

Ahora bien, teniendo, pues, como regla general de que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos de la propia imagen, si 1) compatibles con su naturaleza, 2) atendiendo a la naturaleza peculiar del derecho, y 3) si son necesarios y complementarios para la obtención de sus fines; lo que podría cuestionarse es si esta posibilidad también se aplica a la persona jurídica pública. En principio, ya descarto tal posibilidad, si se examina el primer

moral indenizável, 3º ed., São Paulo, Método, 2001; SEVERO, Sérgio. Os danos extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996. Em sentido contrario TEPEDINO, Gustavo. “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro” em Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

⁶⁷² En este contexto, CAPILLA RONCERO, Francisco. La persona jurídica: funciones...cit., p.73.

⁶⁷³ En esta línea defiende ROSADO IGLESIAS, Gema. La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica. Tirant lo blanch: Valencia, 2004, p. 127

requisito para ello, pues la propia estructura y el concepto funcional del Estado confieren una impersonalidad a los cargos y funciones orgánico-estatales⁶⁷⁴.

Además, aceptar que las personas jurídico-públicas son titulares de derechos de la propia imagen sería una total incongruencia con lo que se ha expuesto sobre los derechos de la personalidad, que son, por supuesto, concreciones de la dignidad de la persona. El Estado no posee dignidad de persona, pero, junto a la Administración general aparecen organismos dotados de cierta autonomía, a los que su norma de creación otorga personalidad jurídica propia e independiente para el cumplimiento de las funciones atribuidas (universidades, medios de comunicación vinculados al Estado, etc.).

El poder público también crea en nuestros días algunas personas jurídicas acudiendo a las formas jurídico-privadas, como son los casos de las sociedades mercantiles de capital público, que actúan en el tráfico jurídico con sometimiento al “Derecho privado”. Por ello, algunas normas e interpretaciones han entendido que existe una protección del prestigio, credibilidad, confianza o autoridad moral de la persona jurídica pública, pero nunca del derecho al honor, por ejemplo⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ En este sentido, no se imagina, por ejemplo, que una persona jurídica pública sea titular del derecho a la intimidad, por un lado, el principio que rige es el de publicidad de sus actos, y, por otro, lo que se viola sería la intimidad de una persona física que ocupa un cargo y ejerce una función en el Estado.

⁶⁷⁵ En este sentido, el Código Penal Portugués en el Capítulo dedicado a los “crimes contra a honra” establece en el art. 187 “Ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço: 1 -Quem, sem ter fundamento para, em boa fé, os reputar verdadeiros, afirmar ou propalar factos inverídicos, capazes de ofenderem a credibilidade, o prestígio ou a confiança que sejam devidos a pessoa colectiva, instituição, corporação, organismo ou serviço que exerça autoridade pública, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias”. Nótese que no obstante tal ilícito estar ubicado en tal Capítulo, no se inserta la palabra honra en el tipo delictivo como ha hecho en los artículos 180 (Artigo 180 Difamação 1 - Quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias) y 181 (Artigo 181. Injúria 1 - Quem injuriar outra pessoa, imputando-lhe factos, mesmo sob a forma de suspeita, ou dirigindo-lhe palavras, ofensivos da sua honra ou consideração, é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 120 dias) que son los que tutelan a la persona física.

3.3. Conductas constitutivas de intromisiones Ilegítimas.

El derecho a la propia imagen implica el reconocimiento de un efectivo poder de control de la imagen que se traduce en una serie de facultades que permiten hablar de un contenido positivo y negativo⁶⁷⁶.

Como mencionamos anteriormente, el contenido positivo otorga al titular la facultad de reproducir, exponer, publicar etc., su aspecto físico según su libre albedrío. Por su parte, el contenido negativo le confiere la posibilidad de prohibir a terceros su captación, reproducción y divulgación por cualquier medio, protección que alcanza, en principio, igualmente a personas que ejerzan un cargo público o profesión de notoriedad.

Específicamente, las conductas constitutivas de intromisión ilegítima en este derecho se describen en términos de *razonable amplitud*⁶⁷⁷ en los párrafos 5º y 6º del art. 7 de la Ley Orgánica española 1/1982. El texto hace referencia a la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 y la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.⁶⁷⁸

Si atendemos al art. 7.5 debemos señalar, en primer lugar, lo meritorio de la distinción legal de los distintos momentos que constituyen el proceso normal de materialización de una imagen: captación, reproducción y publicación porque esa premeditada

⁶⁷⁶ La doble configuración del derecho a la propia imagen ya fue puesta de relieve en la primera ocasión que el Tribunal Supremo tuvo para pronunciarse sobre este derecho, así en el FJ1.2 de la Sentencia de 11 de abril de 1987 se nos dice que la imagen en sentido jurídico comprende “la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto se trata de un derecho de la personalidad”. De esta doble configuración del contenido del derecho a la propia imagen se han hecho eco diversos autores, vgr. GITRAMA GONZALEZ, M., *Voz: Imagen (derecho a la propia)*, op. cit., p. 338; PARRA LUCÁN, M. ° A, *De nuevo sobre los derechos de la personalidad; introducción ilegítima en el derecho de la intimidad*, ADC, 1989, p. 217; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, op. cit., p. 77; CARRILLO, M., *El derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE*, op. cit., p. 74. También alude a una doble dimensión, aunque con efectos diferentes AZURMENDI ADARROGA, A. *El derecho a la propia imagen; su identidad y aproximación al derecho a la información*, Edit. Civitas, Madrid, 1997, p. 189) para quien el derecho a la propia imagen en la Ley Orgánica aparece de este modo caracterizado por una doble dimensión personalista: una primera que tendría como objeto la facultad exclusiva sobre la captación, reproducción y difusión de la propia imagen, y otra que vendría a coincidir con el aspecto del derecho a la intimidad. En este caso, la captación y difusión de la imagen es el medio empleado para atentar contra la intimidad de la persona.

⁶⁷⁷ Expresión utilizada por el legislador en la Exposición de Motivos cuando se refiere a las conductas descritas en art. 7 de la LO 1/1982.

⁶⁷⁸ La ilicitud de la conducta descrita en este apartado y sobre todo por lo que se refiere a los fines publicitarios o de naturaleza análoga ya había sido señalada por GITRAMA, M. *Voz: Imagen (derecho a la propia)*, op. cit., pgs. 352 y 353

diseción lo más generosa posible, que es uno de los principios generales que deben guiar la interpretación de las normas de protección de los derechos fundamentales. Por consiguiente, a pesar de que se trata de hechos secuenciales se debe dar el consentimiento para cada uno de ellos lo cual, por otra parte no impediría presumir el consentimiento para la captación en el supuesto, por ejemplo, de que se haya consentido de forma expresa a la publicación, ésta sería imposible si no se hubiese producido con anterioridad aquélla.

Por otra parte, el término reproducción tendría otra virtualidad al permitir englobar no sólo la reproducción en sentido estricto, no es sólo la copia, sino también lo que sería la publicación, ya prevista, pero aquí entendida como acción de difundir, de dar a conocer por un medio distinto del escrito o el impreso ámbito natural de las publicaciones en el sentido estricto.

En nuestra opinión, el inciso del art. 7.5 hace referencia a lugares o momentos de la vida privada o fuera de ellos, salvo en los casos previstos en el art. 8.2, tal y como ha precisado el jurista Gritrama, esta expresión equivale a nunca jamás porque de forma ineludible o se está en un lugar o momento de la vida privada o se está fuera de él; *tertium non datur*. Esto es así, donde nunca se es posible la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona⁶⁷⁹.

Por las conductas constitutivas de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen en el contexto de la LO 1/1982 no se agotan con lo establecido en el párrafo 5º sino que se completan con el párrafo siguiente de este mismo artículo en virtud del cual, como se recordará a la consecución de la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga⁶⁸⁰.

En primer lugar, debemos destacar nuevamente que este precepto se maneja un concepto del derecho a la propia imagen cuyo objeto es, más amplio que el contemplado en el apartado anterior puesto que abarca no sólo el aspecto físico reconocible de un sujeto, sino también la voz y el nombre, es decir, aquellos otros rasgos identificadores de la persona que, por ser los más característicos, contribuyen a individualizar y a distinguir a cada individuo de los demás.⁶⁸¹

⁶⁷⁹ Cfr. GITRAMA GONZALEZ, M., El derecho a la propia imagen, hoy, op. cit., pgs. 214-215.

⁶⁸⁰ La ilicitud de la conducta descrita en este apartado y sobre todo por lo que se refiere a los fines publicitarios o de naturaleza análoga ya había sido señalada por GITRAMA, M. Voz: Imagen (derecho a la propia), op. cit., pgs. 352-353, fundándose una aplicación analógica del antiguo artículo 124.4 del Estatuto de Propiedad Industrial que establecía la inadmisión registral como marca de los retratos de las personas.

⁶⁸¹ Lo cual obedece a una determinada política legislativa mediatizada en nuestra opinión por el tenor literal del art. 18 CE. En este sentido resulta curioso comprobar cómo la necesidad de proteger los diversos atributos de la

En segundo lugar, constituye el reflejo normativo de un fenómeno que adquiere carta de naturaleza en el tiempo actual, el valor publicitario y comercial de la imagen, y con ello, simplemente, se pretende positivizar de forma expresa, y a falta de una regulación *ad hoc*, algunas de las conductas que, con más frecuencia, vulneran el derecho a la propia imagen: Se trata, en definitiva de salvaguardar la identidad personal. Si bien, en algunas ocasiones y por lo que se refiere a la utilización con fines comerciales (de la imagen), podría resultar no sólo más beneficioso para el titular del derecho sino incluso más adecuado demandar su protección al amparo de lo establecido en la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas en la medida en que en su art. 2 está previsto que podrán, especialmente, constituir marca los siguientes signos o medios; a) las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas, b) imágenes, figuras, símbolos y gráficos, (...) e) cualquier combinación de los signos o medios que con carácter enunciado que se mencionan en los apartados anteriores. El cual se completa con los dispuestos en el art. 13 que prohíbe que se registren como marcas a) el nombre, apellidos, seudónimo o cualquier otro medio que identifique al solicitante del registro de la marca, siempre que los mismos estén en alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 12 (que se refieren básicamente a supuestos de identidad que inducen a confusión), b) el nombre civil o la imagen que identifique a una persona distinta del solicitante, así como el nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro medio que para la generalidad del público, identifique a una persona distinta del solicitante, a menos que medie la debida autorización. En todo caso estos signos quedarán sometidos a las demás prohibiciones contempladas en esta ley.

Para dar lugar al incumplimiento de tales prescripciones a una indemnización de los daños y perjuicios, el art. 7 de la LO española establece una serie de situaciones en las que presume la existencia del daño. Ello supone una novedosa inversión de la carga de la prueba en esta sede hasta la entrada en vigor de esta ley que ampara el daño causado, por aplicación del art. 1902 CC español, debía probarse. En el orden práctico, la ley ha buscado favorecer la

personalidad se ha articulado de forma muy diversa. Así en Portugal, en cuya Constitución de 1975 se inspiró sin duda nuestro constituyente, no se incluye en el derecho a la propia imagen la voz de la persona, sino que se crea un derecho diferente denominado derecho a la palabra (*direito á palavra*) que se incorporó al texto del art. 26 (correspondiente al art. 38 antes de la reforma de 1982) mediante la Ley Constitucional 1/1989. Este derecho a la palabra, como han puesto de manifiesto GOMES CANOTILHO, J. J., VITAL MOREIRA, (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 181), es un derecho paralelo al derecho a la propia imagen e implica la prohibición de la grabación sin consentimiento o de cualquier deformación o utilización de las palabras de una persona. Este derecho se desdobló, metáforas escritas y dichas por una persona.ó así en dos derechos: a) de derecho a la voz, como atributo a la personalidad, es ilícito sin el consentimiento de la persona grabar y divulgar su voz y, b) el derecho a las palabras dichas: que pretende garantizar la autenticidad y el rigor de la reproducción de los términos, expresiones

protección del derecho a través de estas presunciones por la dificultad que entrañaba en ocasiones demostrar el daño moral que suponían determinadas actuaciones⁶⁸².

Hemos afirmado que tales presunciones son *iuris et de iure*⁶⁸³. Sin embargo, tal aseveración merece un estudio más detenido. Es cierto que la ley no permite probar que no existe perjuicio por lo que la presunción no puede quedar desplazada por la demostración de la inexistencia del daño y en este sentido hablaríamos ciertamente de presunción *iuris et de iure*. Sin embargo, hay que tener presente que dentro de la presunción sí se puede quedar desplazado por aplicación de las causas de justificación⁶⁸⁴ que se recogen en el art. 8 de la Ley Orgánica española 1/1982. Cuando se da una de esas causas de justificación no demostramos la inexistencia del daño sino que, al contrario, partimos de la existencia del mismo, se considera que la persona debe soportarlo. En efecto, el interés público inherente en las situaciones legitimadoras de la intromisión ilegítima prima sobre el daño que haya podido sufrir la persona. De esta forma, la presunción se mantiene pero su aplicación se desplaza, no por la prueba de la inexistencia del daño, dado que su carácter *iuris et de iure* lo impide, sino por la existencia de una causa de justificación del perjuicio.

También es relevante decidir si estamos ante una enumeración cerrada o bien se trata de una lista abierta. Parte de la doctrina ha entendido que la ley utiliza la técnica penal de la tipificación por lo que es inaceptable admitir otros supuestos de daño como el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen al margen de lo expresamente regulado en la Ley Orgánica⁶⁸⁵.

⁶⁸² AZURMENDI ADARRAGA, A.; op. cit., pgs. 217-218

⁶⁸³ Así, DE LA VÁLGOMA, María; “Comentario a la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en Anuario de Derechos Humanos, 1983, Tomo II, p. 670. En los trabajos parlamentarios de la citada Ley Orgánica, el Ministro Cabanillas Galla (Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 206, de 10 de diciembre de 1981, p. 12297) afirmaba que el daño moral en la Ley 1/82 se presumía *iuris et de iure* mientras que el daño patrimonial debía probarse. Sin embargo, en la ley no queda reflejada tal distinción. En cualquier caso, el daño patrimonial sobre el derecho no debe seguir el régimen de la Ley Orgánica española 1/1982, pensada exclusivamente para la vertiente personal del derecho.

⁶⁸⁴ Tomamos la terminología “causas de justificación” de HERRERO-TEJEDOR, F.; Honor, intimidad..., cit., pgs. 201 y ss. quien hace notar este carácter cuasa penal de las situaciones descritas en el art. 8 de la Ley Orgánica 1/82.

⁶⁸⁵ HERRERO-TEJEDOR, F.; Honor, intimidad..., cit., pgs. 170 y ss. alega que en el art. 1.1 de la Ley Orgánica española 1/1982 se afirma que se protegen estos derechos frente a “todo género de intromisiones ilegítimas” y si la ley ha regulado éstas en el art. 7, parece que en este precepto deben entenderse incluidas todas esas intromisiones. Sin embargo, este argumento puede utilizarse a sensu contrario si el art. 1.1 de la Ley Orgánica española 1/82 habla de protección “frente a todo género de intromisiones ilegítimas”, todo género de intromisiones ilegítimas deberán entenderse amparadas por la protección de la ley se recojan o no en el art. 7 de la misma. Otra interpretación repugnaría por restringir el ámbito de protección de un derecho fundamental. Otra cosa es que entraran en conflicto estos derechos y el derecho a la libertad de información en cuyo caso entrarían en juego los mecanismos de ponderación adecuados pero en modo alguno debe restringirse a priori la protección de un derecho fundamental. La técnica de la tipificación persigue precisamente garantizar el respeto al derecho

Sin embargo, la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica española 1/82 establece que se recogen “en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real” por lo que si se recogen “diversos supuestos” donde parece lógico entender que no se han recogido todos. Además el art. 1.1 de la misma ley afirma que se protegen los derechos frente a todo género de intromisiones ilegítimas por lo que debemos entender que también no se recogen expresamente. Pero la Ley Orgánica española 1/1996 nos da un argumento definitivo en relación a este tema debido a que consta en el art. 4.3 donde se señala una serie de intromisiones ilegítimas, que posteriormente serán estudiadas, y añade que también lo será cualquier otra “que sea contraria a sus intereses”. De esta forma la Ley Orgánica española de protección jurídica establece de forma expresa una cláusula abierta con relación a las posibles intromisiones ilegítimas. Por todo ello, parece más adecuado entender que la enumeración que el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982 hace alusión de las intromisiones ilegítimas donde se configura como una lista abierta⁶⁸⁶. Lo que ocurre es que, cuando objetivamente se da alguno de los supuestos contemplados de manera expresa como intromisión ilegítima por alguna de las dos leyes orgánicas, se aplicará la presunción legal de daño moral mientras que la cláusula abierta operará siempre y cuando se pruebe de forma previa la existencia de un efectivo perjuicio sobre la persona. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, el primer caso el daño se entiende probado por la mera concurrencia del supuesto legal, en el caso de la cláusula abierta el daño debe probarse.

El precepto es a toda luz confusa y en cierta medida incompleto⁶⁸⁷. En efecto, parece que solamente se considere ilegítima la intromisión que consiste en el uso de la imagen o el nombre, que solamente el uso de la imagen que menoscabe el honor será ilegítimo y que todo ello sólo cuando se produzca en el ámbito de los medios de comunicación. Como se expone a continuación, esta primera lectura supondría una interpretación sesgada e incompleta de dicho precepto.

Es cierto que para que exista una intromisión en el derecho a la imagen debe producirse lógicamente una utilización de la imagen de la persona. Ahora bien, no cualquier uso de la misma supone una vulneración del derecho, como quedó expuesto anteriormente, la

fundamental, la libertad, y no puede utilizarse para la finalidad contraria.

⁶⁸⁶ Así DÍEZ-PICAZO, Luis-GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Madrid, 1992, pgs. 360-361. También así las STSs 28 de octubre de 1986 y de 4 de noviembre de 1986.

⁶⁸⁷ De hecho, la doctrina lo ha criticado unánimemente. Así, GULLÓN BALLESTEROS, A.; op. cit., p. 1692, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; op. cit., p. 1839 y RIVERA FERNÁNDEZ; op. cit., p. 6505.

imagen debe ser reconocible para un tercero⁶⁸⁸, es decir, la imagen que censura la ley es aquella que permite identificar la persona. Así lo confirma el hecho de que junto al uso de la imagen la ley orgánica hable de uso del nombre entonces en ambos casos estamos ante elementos **que** identifican a la persona.

Así lo confirma el art. 7.5 de la Ley Orgánica española 1/1982 que considera ilegítima la captación, reproducción o publicación por cualquier medio de la imagen de una persona en el ámbito de su intimidad. Es decir, cuando mediante la imagen se muestre una situación perteneciente a la vida privada de la persona habrá una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y en su derecho a la imagen. Pero sobre todo es aquí relevante el art. 4.3 de la Ley Orgánica española 1/1996 que dice que existirá intromisión ilegítima en el honor, la intimidad o la imagen de la persona cuando se use su nombre o su imagen en los medios de comunicación de forma que se menoscabe su honra o reputación o se perjudique su interés. En efecto, se dice en este artículo que habrá intromisión ilegítima en el derecho cuando se utilice la imagen de la persona de forma que se menoscabe el honor, es decir, cuando con el uso de la imagen de la persona se vulnere el libre desarrollo de su personalidad o cualquiera de sus derechos fundamentales⁶⁸⁹. La ley, por lo tanto, hace referencia expresa a la ilegitimidad de la imagen que perjudique el honor de la persona, pero la referencia al interés de ésta supone que también será ilegítima la imagen que vulnere la intimidad, cualquier otro de sus derechos fundamentales o en general el libre desarrollo de su personalidad. En cualquier caso, hay aquí una inversión de la carga de la prueba debido a que el daño ya no se presume cuando se da determinada situación sino que se deberá probar que ésta produce un daño porque es contraria al interés de la persona.

La novedad de la Ley Orgánica española 1/1996 es que establece que cuando el uso de la imagen del individuo es contraria al libre desarrollo de su personalidad o a cualquiera de sus derechos fundamentales estamos ante una intromisión legítima. Por tanto, el criterio es objetivo de modo que se tiene en cuenta el perjuicio de su interés con independencia de que se haya prestado el consentimiento o no a la intromisión.

⁶⁸⁸ Así, en general respecto de toda persona AMAT i LLARI, E.; “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial...”, cit., p. 150, ROVIRA SUEIRO, M.E.; op. cit, pgs. 7 y ss., IGARTÚA ARREGUI, F.; op. cit, p. 23 y ROYO JARA, J.; op. cit., pgs. 28-29.

⁶⁸⁹ ROCA TRÍAS, E.; Familia y cambio social..., cit., pgs. 216-220 y RIVERO HERNÁNDEZ, F.; El interés del menor, cit., pgs. 108 y ss. coinciden en que el interés de la persona consiste en la protección de sus derechos fundamentales y el libre desarrollo de su personalidad.

Por último, se podría pensar que sólo hay intromisión ilegítima en la imagen del individuo cuando ésta aparece en los medios de comunicación porque así parece deducirse del art. 4.3 de la Ley Orgánica española 1/1996. Sin embargo, ello no es más que el resultado de la profunda preocupación del legislador por proteger al individuo de los abusos que se cometen en este ámbito por lo que se debe interpretar que también habrá intromisión ilegítima en la imagen del individuo cuando se haga un uso incorrecto de ella en cualquier otro medio como los dedicados a la publicidad o a actividades comerciales⁶⁹⁰, como ejemplo Internet.

3.3.1. Causas de justificación de la intromisión.

3.3.1.1. El interés histórico, cultural o científico.

El art. 8.1 de la Ley Orgánica española 1/1982 establece que “No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.

En relación al interés histórico, científico o cultural relevante a ésta doctrina se ha criticado esta enumeración por considerarla inadecuada⁶⁹¹, vaga⁶⁹² o redundante⁶⁹³. Sin embargo, debe interpretarse este precepto a la luz de su Exposición de Motivos que argumentan lo siguiente “existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo 8 de la Ley”. Por ello, debe considerarse aquí incluido cualquier otro interés que responda a la idea de interés público como por ejemplo un provecho social o político que, si se quiere, podrá reconducirse a

⁶⁹⁰ ROVIRA SUEIRO, M.E.; op. cit., pgs. 123-124 que dice que también podrá proceder de los medios comerciales o de publicidad.

⁶⁹¹ Así ROVIRA SUEIRO, M.E.; op. cit., pgs. 94-95 dice que “hubiera sido más adecuado sustituir esta ringlera de intereses por un concepto jurídico más elaborado como, por ejemplo, el de interés general o público, o incluso mejor si éste se añadiese a modo de cláusula de cierre. De este modo se permitiría la inclusión de otros intereses a nuestro juicio igualmente legítimos, como por ejemplo el interés político, siempre que fuesen predominantes”.

⁶⁹² ROYO JARA, J.; op. cit., p. 162.

⁶⁹³ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; “Imagen (Derecho a la propia)”, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1979, Tomo XII, p. 354 y “El derecho a la propia imagen, hoy”, en op. cit., p. 227.

cualquiera de los beneficios recogidos por la ley⁶⁹⁴. Otro argumento a tener en cuenta es que en buena parte de las intromisiones legítimas recogidas en el art. 8 de la Ley Orgánica española se observa la finalidad de proteger el capital público. Así sucede con el interés cultural, científico o histórico pero también con el supuesto del art. 8.2 a) de la ley en que se legitima la captación, reproducción o publicación de imágenes de personas que ejerzan cargo estatal o una profesión de proyección pública cuando estén en un acto gubernamental o en lugar abierto a los espectadores.

Además, no basta con que exista un interés histórico, cultural o científico sino que es necesario que éste sea “relevante” y “predomine”, es decir, aunque no entre en conflicto con cualquier otro interés, deberá ser lo suficientemente importante como para que el uso de la imagen sea imprescindible⁶⁹⁵. Por el interés histórico debe entenderse no sólo aquél que se da en los sucesos del pasado que han marcado la evolución de una sociedad sino también aquellos que forman parte de la crónica histórica diaria de esta forma damos entrada al interés político y a la imagen de denuncia⁶⁹⁶. Ello no significa, sin embargo, que no debamos aplicar aquí el criterio de la existencia efectiva del interés público de la imagen de forma predominante y relevante puesto que, de no concurrir estos requisitos, no existiría tampoco la legitimidad en la intromisión⁶⁹⁷.

Respecto al menor de edad, en los casos en que el párvulo haya alcanzado la mayoría de edad en el momento de publicar la imagen debe aplicarse la causa de justificación del interés histórico. Cuando se trate de publicación de imágenes de menores que tengan interés público deberá ponderarse el perjuicio que puede causarse al menor y el beneficio de la publicación de su imagen⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴ Ello permitiría, por ejemplo, la publicación de las fotografías denuncia que, aunque estrictamente no tienen interés cultural, ni científico ni tienen interés histórico, están impregnadas de un alto grado de interés público en la medida en que pretenden denunciar una situación injusta contraria a los valores superiores de la Constitución.

⁶⁹⁵ ROVIRA SUEIRO, M.E.; op. cit., pgs. 98-99 y la STS de 7 de octubre de 1996

⁶⁹⁶ Admitimos con ROVIRA SUEIRO, M.E.; op. cit., pág. 100 que quizás estos casos plantean más dudas y encontrarían mejor justificación en el art. 8.2 de la Ley Orgánica española 1/1982.

⁶⁹⁷ ROYO JARA, J.; op. cit., pág. 161 muestra su preocupación por el peligro de legitimar imágenes escabrosas de accidentes de tráfico, o de atentados terroristas añadiríamos, que puede suponer aceptar aquí incluidos los supuestos de la crónica social cotidiana. Sin embargo, basta aplicar los criterios antedichos para observar que no se dan aquí. Piénsese en una imagen denuncia de la prostitución que muestra la imagen de una persona por cuya vestimenta y actitud se deduce la situación que se pretende denunciar. Es incluso posible desfigurar la cara para que su persona sea irreconocible sin que la denuncia disminuya y, por supuesto es totalmente gratuito dar más detalles de la actividad no aporta información alguna, es decir, no es imprescindible y además, puede chocar con otros derechos fundamentales.

⁶⁹⁸ Así, la difusión de la imagen de un menor herido en un atentado terrorista no debería publicarse de forma que permitiera reconocerlo en su propio país pero, sin duda, el perjuicio causado si se distribuyese la fotografía en otro país sería menor.

En relación al interés científico, se reputará como tal cualquiera que favorezca el avance en el conocimiento de cada una de las ciencias. Estaremos en este supuesto en aquellos casos de imágenes de pacientes que ilustran determinada enfermedad, malformación, deficiencia⁶⁹⁹,... por lo que es legítimo introducirlas en libros, proyectarlas en conferencias, aulas,... pero se debe ocultar la identidad de la persona siempre que ello no elimine el interés científico⁷⁰⁰ mostrar la imagen de la persona de manera que sea reconocible es gratuito por cuanto no aporta información alguna.

El criterio de la no identificación es especialmente relevante como pone de manifiesto el art. 4 de la Ley Orgánica española 1/1996 al entender que la difusión de la imagen o del nombre de forma que atente a su honor o a su interés constituirá una intromisión ilegítima. La referencia expresa al nombre y la imagen guarda una relación directa con la voluntad de que la persona no sea identificada porque ello puede ser contrario al libre desarrollo de su personalidad. Cuando una noticia vinculada a una persona tiene interés científico puede darse a conocer pero sin revelar la identidad, esto es, sin difundir su imagen o cualquier otro elemento que permita identificación del sujeto en cuestión.

Finalmente, el interés cultural hace referencia a las necesidades de índole espiritual en contraposición a los intereses meramente económicos y evoca el conjunto de manifestaciones de conocimientos científicos, literarios y artísticos de una persona, sociedad o época o en general, y el conjunto de creaciones del hombre y/o de la mujer o de una sociedad⁷⁰¹. Sin embargo, no puede encubrirse el uso de la imagen para fines publicitarios bajo el argumento del interés cultural⁷⁰².

3.4. Conclusión

El desarrollo de la sociedad y de la tecnología hace surgir un nuevo concepto de imagen diferente de aquella inicialmente protegida. La imagen es el conjunto de caracteres

⁶⁹⁹ Piénsese en el caso de dos hermanas siamesas menores de edad unidas por alguna parte de su cuerpo que han sido intervenidas para ser separadas.

⁷⁰⁰ Por su parte GITRAMA GONZÁLEZ, M.; “El derecho a la propia imagen, hoy”, en op. cit., p. 228.

⁷⁰¹ En esta línea ROVIRA SUEIRO, M.E.; op. cit., pgs. 101-102.

⁷⁰² Así, la STS de 7 de octubre de 1996 entiende que utilizar la imagen sin el consentimiento de la propia persona para realizar un anuncio de concienciación para la ayuda de las personas ancianas es una intromisión injustificada porque el fin de la utilización de la imagen es publicitario.

físicos de la persona identificables, deja de ser el único bien protegido. Surge un concepto de “imagen social”, como un conjunto de características sociales del individuo que le caracteriza socialmente.

La protección de la imagen es una preocupación reciente de los juristas, debido al desarrollo tecnológico, en que se refiere la captación de la imagen, y/o en la reproducción, esta evolución conyeba una gran amenaza a la imagen del individuo.

La amenaza de la violación de la imagen por la tecnología ha hecho con que esta reciba, además del derecho civil, la protección constitucional, en principio, decurrente de la vida y, posteriormente, como bien autónomo. La intimidad y la honra son insuficientes para englobar todos los casos de lesión de la imagen. La Constitución española de 1978, al expresar el resguardo a la propia imagen de forma explícita, sólo he venido a consolidar una serie de decisiones en la jurisprudencia, que objetivaban defender el derecho a la imagen, para dar todavía la característica de cláusula pétrea.

Vimos que la Ley Orgánica española 1/1982 establece que el derecho a la imagen es un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible por lo que, afirma el precepto, toda renuncia a la protección del mismo será nula lo cual no es sino una manifestación del carácter personal del derecho a la imagen y de su inherencia en el individuo. Sin embargo, en el art. 2.2 de la citada Ley Orgánica establece que no existirá intromisión ilegítima en el derecho a la imagen cuando el titular del mismo hubiera prestado su consentimiento⁷⁰³. Esta aparente contradicción ha provocado cierta polémica doctrinal acerca de si el derecho a la imagen, como el derecho al honor y a la intimidad, es disponible y, en consecuencia el consentimiento legitima la intromisión o si, por el contrario, la imagen es siempre indisponible y, por tanto, es nulo el consentimiento de cualquier intromisión en el mismo.

En realidad, ello no es más que una perspectiva de la discusión sobre si los derechos fundamentales a la imagen, a la intimidad y al honor tienen un haz de facultades patrimoniales además de las estrictamente personales. Si ello se acepta hoy abiertamente con relación al derecho a la imagen⁷⁰⁴ y cada vez más respecto del derecho a la intimidad⁷⁰⁵, existen serias reticencias a aceptarlo en relación al derecho a la imagen.

⁷⁰³ Señalan esta contradicción VIDAL MARÍN, T.; op. cit., p. 155, LÓPEZ DÍAZ, E.; op. cit., p. 56, MARTÍN MORALES, R. op. cit., p. 49, CABEZUELO ARENAS, A.L. op. cit., p. 140 y ESTRADA ALONSO, E. op. cit., pgs. 68-69.

⁷⁰⁴ Describe el escritor IGARTÚA ARREGUI, F.; El mercado de las ideas, cit., pgs. 319 y ss, AMAT i LLARI,

Así, un importante sector doctrinal sostiene el carácter indisponible del derecho a la imagen⁷⁰⁶ mientras que otro sector defiende una matizada disponibilidad del mismo⁷⁰⁷. La defensa de la disponibilidad o no del derecho a la imagen está íntimamente conectada a la defensa de una tesis conceptual fáctica o normativa del derecho a la imagen y a si se considera que el derecho a la imagen tiene un carácter estrictamente personal o también patrimonial. Así, vemos que los partidarios de la tesis normativa entienden que el derecho a la imagen es indisponible en la medida en que su concepto coincide con el valor de la dignidad⁷⁰⁸. Si todo derecho fundamental deriva directamente de la dignidad esta vinculación es mayor en el caso del derecho a la imagen y al honor puesto que no sólo deriva de la dignidad sino que coincide con ella por lo que dado el carácter inherente de dicho valor no puede disponerse de él mediante el consentimiento ello sería contrario a la moral y al orden público⁷⁰⁹. La defensa constitucional de la dignidad es una cuestión de interés público por lo que debe primar aquí el interés general por encima del interés particular⁷¹⁰.

Sin embargo, creemos que el interés público no protege a la comunidad como ente global sino que aquél no es más que la suma de intereses particulares de los miembros que forman la sociedad de manera que la búsqueda del interés general no se contrapone al interés individual son conceptos interrelacionados. Lo que debe determinarse es si la disposición

Eulalia; El derecho a la propia imagen y su valor publicitario, cit., p. 6, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; “Negocios jurídicos...”, cit., p. 63, CABEZUELO ARENAS, A.L.; op. cit., p. 147, LÓPEZ DÍAZ, E. op. cit., p. 59 y en la doctrina italiana RIDOLFI, C. op. cit., p. 29.

⁷⁰⁵ Procede recordar las palabras de: LÓPEZ DÍAZ, E.; op. cit., p. 59, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. “Negocios jurídicos...”, cit., p. 63, CABEZUELO ARENAS, A.L.; op. cit., pgs. 147-148 y RIDOLFI, C.; op. cit., p. 29.

⁷⁰⁶ Merecen especial atención los comentarios de LÓPEZ DÍAZ, E. op. cit., pgs. 56-61, ESTRADA ALONSO, E. op. cit., pgs. 71-72, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. “Negocios jurídicos...”cit., p. 63 y ROMERO COLOMA, A. M. op. cit., pgs. 130-131. En la doctrina italiana GARUTTI, M. op. cit., pgs. 24-25.

⁷⁰⁷ Según los autores BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; Honor y libertad de expresión, Madrid, 1987, pgs. 49-52, VIDAL MARÍN, T. op. cit., pgs. 165-166, DE COSSÍO, M. op. cit., p. 63, O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “Jurisprudencia reciente sobre los derechos al honor a la intimidad y a la propia imagen”, en Actualidad Civil, Tomo I, p. 12, SALVADOR CODERCH, P. ¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo, cit, pgs. 107 y MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte especial, cit., p. 243. En la doctrina italiana RIDOLFI, C. op. cit., pgs. 34-36 y DE CUPIS, A. op. cit., Vol. I, p. 239 que sostiene la disponibilidad del derecho a la imagen pero nunca a cambio de un precio pues ello supodría contrariar las buenas costumbres. El Tribunal Supremo ha aceptado la posibilidad de consentir la intromisión en el derecho al honor en STS de 7 de marzo de 1990, STS de 30 de noviembre de 1992 y en STS de 1 de julio de 1992 donde se afirma que “resulta obligado distinguir entre el derecho en sí, que realmente es indisponible, y los diferentes aspectos o manifestaciones del mismo, que pueden ser objeto de disposición y por eso contempla la ley la posibilidad del consentimiento”.

⁷⁰⁸ En esta línea, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. “Negocios jurídicos...” cit., pág. 63, CABEZUELO ARENAS, A.L. op. cit., pgs. 156-157 y 164 y LÓPEZ DÍAZ, E.; op. cit., p. 59.

⁷⁰⁹ Por su parte, CABEZUELO ARENAS, A.L. op. cit., p. 164.

⁷¹⁰ Cfr. VIDAL MARÍN, T. op. cit., p. 160.

sobre la propia imagen es contraria a la dignidad de cada individuo y así se salvaguardará el interés general.

Por el contrario, los partidarios de las tesis fácticas y de las tesis mixtas del concepto de imagen sostienen que, cuando se consiente una intromisión en el derecho a la imagen, no se hace una abdicación total del mismo sino que el sujeto se desprende simplemente de algunas facultades del derecho para quedar el resto del derecho indemne⁷¹¹ o que el consentimiento a la intromisión no supone una disposición del derecho sino de la expectativa de protección de tal manera que con el consentimiento se renunciaría a la acción pero no al derecho⁷¹².

Por lo tanto, defendemos en este capítulo una tesis mixta según la cual la imagen tiene un núcleo conceptual duro y consistente con respeto a la dignidad que toda persona merece de forma objetiva y uniforme por el hecho de serlo y una zona difusa de protección que, a partir de los actos propios del individuo recae sobre la reputación social y la propia estima. Esta zona variable en la protección de la imagen es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad debido a que no es una cualidad uniforme en todo individuo sino que depende de los propios actos. Cuando se habla de la disponibilidad del derecho a la imagen se hace referencia a esta zona variable del derecho pero nunca al núcleo duro que ostenta toda persona al margen de la reputación social o la autoestima que tenga porque es inherente al individuo. La zona variable queda afectada por los actos propios y, por lo tanto, también por el consentimiento prestado a las intromisiones. No es aceptable consentir una intromisión constante y perpetua ello equivaldría a la abdicación del derecho pero, en cambio, es perfectamente factible que el individuo consienta intromisiones parciales en su derecho a la

⁷¹¹ Así, VIDAL MARÍN, T. op. cit., p. 165, DE COSSÍO, M. op. cit., p. 63, Ó'CALLAGHAN MUÑOZ, X. "Jurisprudencia reciente...", cit., p. 12. En la doctrina italiana DE CUPIS, A.; op. cit., Vol. I, p. 239 y RIDOLFI, C. op. cit., pgs. 34-36. En contra, ESTRADA ALONSO, E. op. cit., pgs. 71-72 y ROMERO COLOMA, A. M. op. cit., p. 130 que consideran que la dignidad se tiene o no se tiene por lo que no puede hacerse una disposición parcial del derecho puesto que ello supondría una abdicación total del derecho a la imagen y, por ende, de la dignidad.

⁷¹² Encabeza esta postura BERDUGO DE A TORRE, J. op. cit., pgs. 49-52 y también hace referencia a ella VIDAL MARÍN, T. op. cit., p. 166. Se alega que, entendida así la disposición, cobra sentido que los delitos de injurias y calumnias sólo sean perseguibles de parte y que, en definitiva, decidir iniciar una acción judicial para que sean indemnizados los daños morales por intromisión en la imagen es una decisión individual. Sin embargo, creemos que no debe confundirse la vulneración del derecho a la imagen con la acción derivada del daño aunque lógicamente son conceptos íntimamente conectados. Lo que se trata es de dilucidar aquí si es posible un consentimiento que legitime la intromisión en la imagen y, en consecuencia, la acción no tenga razón de ser porque el daño ha sido legitimado o si, por el contrario, no es posible legitimar una intromisión en el derecho a la imagen ni siquiera a través del consentimiento por lo que siempre cabrá acción para reclamar una indemnización pues el consentimiento es nulo. Lo que no puede aceptarse es que la intromisión sea ilegítima y no exista posibilidad de iniciar una acción para reclamar una indemnización. Cuestión diferente es que, ilegítima la intromisión y existe la posibilidad de iniciar acción, se decida no hacerlo.

imagen ello no es más que una manifestación de su personalidad expresada en los propios actos.

Pese a que la doctrina es reacia a aceptar la patrimonialización del derecho a la imagen⁷¹³, no puede negarse, al margen de la opinión que ello merezca, que la realización de determinados actos que ponen en entredicho la imagen de ciertos personajes públicos ha adquirido en los medios de comunicación un fuerte valor económico. Aceptado ello, el contenido patrimonial siempre recae en la zona variable del derecho por lo que, por muchas veces que se preste el consentimiento a determinadas intromisiones a la imagen, por baja estima que ello provoque en los demás y por la falta de respeto hacia la propia dignidad que ello demuestre, nunca se verá vulnerado el núcleo esencial del derecho a la imagen, esto es, el respeto a la dignidad que toda persona merece⁷¹⁴. Por tanto, debe aceptarse la posibilidad de consentir una intromisión en el derecho a la imagen⁷¹⁵ como establece el art. 2 de la Ley Orgánica española 1/1982 pero siempre en la zona variable del derecho.

A nivel internacional, aunque los tratados no la reconozcan, si quedará protegido al trazarse en el ámbito del derecho a la vida privada. Por los visto, su protección a nivel internacional es parcial, una vez que no alcanza a todas las facultades, a no ser las que engloban imagen-intimidad.

Por tanto, concluimos que en el ámbito internacional el derecho a la propia imagen se protege como un derecho fundamental de la persona, sin referirse a cualquier

⁷¹³ Ya afirmaba DE CUPIS, A. op. cit., Vol. I, p. 239 que eran posibles las disposiciones parciales de la imagen siempre y cuando no se obtuviera una contraprestación económica a cambio pues ello resultaría contrario al orden público. Más recientemente y entre nuestra doctrina, DE COSSÍO, M. op. cit., p. 63 y LÓPEZ DÍAZ, E. op. cit., p. 63, también han negado que el derecho a la imagen tenga un contenido patrimonial partiendo de la idea de que el derecho a la imagen tiene un mayor rango jerárquico que el derecho al honor y a la intimidad que sí tienen un contenido patrimonial. Sin embargo, creemos que, sostener un mayor rango del derecho a la imagen que el derecho a la intimidad o el honor, parte de una concepción un tanto trasnochada de la imagen que no tiene ninguna base jurídica pues los tres derechos se califican como derechos de la personalidad por la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica española 1/1982 y los tres se declaran como derechos fundamentales por la Constitución.

⁷¹⁴ Por ello, cuando determinados personajes públicos consienten sistemáticamente intromisiones en su imagen hacen disposiciones parciales de su imagen que disminuyen su reputación social y denotan una baja autoestima pero ello no significa que no tengan un mínimo de protección de su derecho a la imagen que toda persona tiene al margen de sus actos.

⁷¹⁵ Es cierto, sin embargo, que es difícil imaginar supuestos en los que se consienta únicamente sobre el derecho a la imagen y que en ocasiones esa disposición se hace conjuntamente con la disposición del derecho a la imagen o a la intimidad. Ahora bien, es cierto que últimamente se observa en determinado tipo de prensa o programas de televisión que, aunque aparentemente se comercia con datos de la vida privada de determinados personajes, en realidad se están venden datos falsos y contradictorios entre sí por lo que no estamos ante, sin ser ciertos los datos supuestamente privados, una disposición del derecho a la intimidad sino del derecho a la imagen.

comercialización. Por otro lado, el aspecto patrimonial del derecho a la propia imagen no es objeto de una regulación específica o expresa.

A pesar de esto, no todo está escrito en las leyes, el cambio de éstas no acompaña la continua evolución tecnológica, y, por lo tanto, no es posible abarcar todos los nuevos casos. Por otro lado, el mencionado derecho comprende la potestad que todo individuo posee para disponer acerca de su apariencia, puede autorizar o no su captación y posterior difusión.

PARTE TERCERA

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA PROPIA
IMAGEN EN LA ESFERA PRIVADA: DIMENSIÓN
NACIONAL E INTERNACIONAL.**

Introducción

En este capítulo, el desafío es enfocar la jurisprudencia portuguesa, española y brasileña, entre ellas, la responsabilidad civil en el ámbito del derecho a la imagen y su importancia para la reparación de la lesión a la imagen.

Inicialmente, cabe presentar una breve diferencia entre obligación y responsabilidad. Según el jurista Carlos Roberto Gonçalves, esta distinción tubo inicio en Alemania, en el análisis de la relación obligacional, discriminándose dos momentos, que son el débito (schuld), que consiste en la obligación de realizar la prestación dependiente siempre de la acción o omisión del deudor y el de la responsabilidad (haftung), que consiste en la facultad del credor de ejecutar el patrimonio del deudor para obtener el pago debido de la indemnización por los perjuicios causados.⁷¹⁶ Con esto, se deduce que del incumplimiento de la obligación surge la responsabilidad, la consecuencia jurídica patrimonial del descumplimiento de la obligación⁷¹⁷. Para la jurista Maria Helena Diniz su función es de garantizar el derecho del lesionado a su seguridad y servir como sanción civil, de naturaleza compensatória, mediante la reparación del daño causado a la víctima y desestimular la práctica de actos lesivos⁷¹⁸.

De este modo, se puede decir que la responsabilidad civil provén de una acción o omisión de un agente que con culpa o dolo, por medio de una relación de causalidad, provoca un daño a otro.

Maria Helena Diniz clasifica la responsabilidad civil en varias especies, dependen de la perspectiva examinada. Cuanto al hecho generador puede ser contractual⁷¹⁹, oriunda de una obligación de dar, hacer o no hacer, extracontractual⁷²⁰, que deriva de una acción u omisión sin cualquier vínculo obligacional. Cuanto al fundamento puede ser subjetivo, que necesita de culpa o de dolo en la acción o misión, objetiva, por la determinación legal, prescinde de la culpa o de dolo, para bastar con una relación causal entre acción o omisión y el daño, clasificación esta que se refiere al onus probatório de la acción de indemnización. Y por fin,

⁷¹⁶ Recoge esta línea el autor GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21

⁷¹⁷ Seguiremos con GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

⁷¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol. 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

⁷¹⁹ Art. 389 a 420 (Do inadimplemento das obrigações) do Código Civil de 2002.

⁷²⁰ Art. 186 a 188 (Dos atos ilícitos) e Art. 927 a 954 (Da Responsabilidade civil) do Código Civil de 2002.

en cuanto al agente puede ser directa, cuando el propio es el ejecutor del acto, o indirecta cuando la ejecución del acto es realizada por terceros o por animales conforme su voluntad o determinación⁷²¹.

En síntesis, José de Aguiar Dias une responsabilidad contractual y extracontractual el principios comunes, que son: a) el daño, que debe ser cierto, puede ser material o moral; b) la relación de causalidad, relación directa de causa a efecto entre el hecho generador de la responsabilidad y el daño son presupuestos indispensables (la causalidad es exigencia, no se admite la mera coincidencia entre el daño y la acción o omisión del supuesto responsable); c) la fuerza mayor y la exclusiva culpa de la víctima suprimen la relación de causa y efecto; y d) las autorizaciones judiciales y administrativas no constituye motivo de exoneración de responsabilidad⁷²², el agente no puede alegar exención de responsabilidad por tener cumplido exigencia jurídica o administrativa, por ejemplo, quien tiene carnet de conducir no se exime de culpa en accidente de vehículo porque fue aprobado a través de un examen o, un dueño de establecimiento que explotó no se puede valer de la respectiva licencia de funcionamiento para eximirse de responsabilidad.

En el derecho a la imagen, la responsabilidad civil surge de la acción o omisión de un agente que causa lesión a la imagen ajena. La apariencia del titular del derecho a la imagen puede ser alterada, modificada, transformada por acto propio o de otro, autorizada o no. El acto de afeitarse es una alteración en la apariencia física realizada por el propio titular, ya el corte de pelo o la tatuaje son acciones autorizadas y realizadas por otras personas.

La integridad de la imagen de la persona puede ser atingida por acto ilícito de forma directa o indirecta. La lesión a la imagen original de forma directa puede ocurrir, por ejemplo, en la hipótesis de una intervención quirúrgica que por negligencia o imprudencia del médico cirujano o de su equipo deforma la apariencia física del paciente le causando- daño a la imagen. El responsable por el acto podrá responder por daño moral y material en el ámbito civil, como también, se fuera el caso, criminalmente por lesión corporal de naturaleza grave (inc. III y IV, § 2º del Art. 129 del Código Penal).

La imagen original también puede ser adquirida de forma indirecta, por ejemplo, en razón de la muerte del marido de una mujer por acto ilícito la viuda pasa a tener una

⁷²¹ Así lo haces notar DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil, pgs. 144-145.

⁷²² En el mismo sentido pronuncia DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 12ª ed. rev., atual. aumentada Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 107.

apariencia envejecida⁷²³, o, todavía, como consecuencia indirecta de un trauma provocado en decurrencia del acto ilícito dicha persona puede pasar a engordar unos veinte o treinta kilos mas de lo que poseía antes del acontecimiento.

La integridad de la imagen de la persona alcanza también la voz y la facultad de moverse. Atentados la voz o la facultad de movimiento pueden resultar, a nuestro ver, en un daño a la imagen. En este sentido, Jean Carrad ejemplifica: “la víctima, que posee una voz seductora, no tiene más, en consecuencia de las lesiones, del que tiene una voz estridente; la víctima que se movía con gracia, no puede más que movimientos irregulares y sacudidos”,⁷²⁴.

La lesión a la imagen no ocurre solamente debajo al aspecto de la imagen original, también la imagen decurriente puede sufrir con atentados como montaje (imagen estática), ediciones (imagen dinámica).

Por lo tanto, varias son las situaciones que pueden afligir la imagen de la persona, consideramos el concepto jurídico de imagen desarrollado en este trabajo. El presente capítulo pretende profundizar en el problema de las intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen que se producen en los medios de comunicación y en las redes sociales y las dificultades por las mismas.

⁷²³ El Supremo Tribunal de Justicia portugués consideró expresamente este aspecto en el acórdon SJ200406030035272, Rel. LUCAS COELHO, j. 3/6/2004: “I - Es conforme à equidad, la luz del artículo 496.º, n.º 3, última parte, del Código Civil, la indemnización de 3 500 contos por los daños morales que sufrió la viúva de ciclomotorista falecido en accidente de viación por culpa del conductor del vehículo asegurado en la ré, provando-se, nomeadamente, que marido y mujer constituían un casal feliz, nutriendo un por lo otro un fuerte amor conjugal; que la muerte interrompio esta afectividad furtando la esposa la alegría de vivir y envejeciendola física y psiquicamente; que el falecimiento del marido a impidió de partillar con él el que de bueno les he traido el nacimiento de la hija (...) cerca de un mês y medio antes, pasando a sufrir sola las vicisitudes y dificultades de crear y educar sin el acompañamiento del padre;”. Disponible en: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument&Highlight=0,dano,existencial>>. Aceso en: 15/ mar./ 2016. (Referencia a ese acórdon se encontra en el artículo de Hidemberg Alves da FROTA y Fernanda Leite BIÃO, A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado, in Revista Forense, v. 411, p. 108 y 109.). 487

⁷²⁴ Se resalta, todavía, que Jean Carrad al ejemplificar ser refiere al daño estético. (O dano estético e sua reparação, in Revista Forense, vol. LXXXIII, p. 405).

CAPÍTULO 4

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PORTUGUÉS, ESPAÑOL Y BRASILEÑO.

Como el propósito de este trabajo es investigar los textos constitucionales, como ya hemos explicado en el inicio del apartado, no entraremos en el mérito de tales leyes. Daremos seguimiento al estudio de la protección jurídica del derecho de la imagen en las jurisprudencias de Portugal, España y Brasil, en este capítulo comenzaremos el estudio centrándonos en la comparación de los sistemas jurídico-constitucionales de Portugal, España y Brasil. En primero lugar trabajaremos Portugal, por ser cronológicamente la primer República de los tres países en adoptar una Constitución democrática, el texto constitucional lusitano de 1976 ha sido, de cierta forma, un norte tanto para España, como para Brasil. La vigente Constitución portuguesa ha sido fuente de inspiración no sólo para la positivación del derecho a la propia imagen, sino también ha servido de cauce para la catalogación de los derechos fundamentales de la personalidad. De hecho, será demostrada a lo largo de ese capítulo la efectiva influencia de Portugal en las democracias de los otros dos países analizados. Para tal labor, en este capítulo hacemos el propósito de enlazar el constitucionalismo lusitano y el derecho a la propia imagen, para enseguida examinar la relación de la Constitución Portuguesa de 1976 y este derecho. Proponemos un concepto constitucional del derecho a la propia imagen, tras analizar la terminología empleada en la redacción del artículo 26.1 (outros direitos pessoais) y separar su contenido de los conceptos de derechos afines.

Vista la relevancia de la configuración constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, continuaremos con el estudio para analizar el derecho a la propia imagen en la democrática Constitución Española de 1978. En suma, resaltemos que una vez finalizado este tópico, se comprobará que los principios democráticos de la vigente Constitución Española han sido punto cardinal de importancia para el constituyente brasileño de 1988, no

únicamente por la expresa protección constitucional que el texto constitucional español confiere al derecho a la propia imagen, sino también por la estructura y por la parte dogmática, consecuencia del iter constituyente seguido por el Texto de 1978. Y para empezar esta labor comparativa, comenzaremos con un relato de la inserción del derecho a la propia imagen en la ‘historia constitucional española’, que como ya se ha constatado, tuvo relevancia para Portugal y Brasil. En seguida analizaremos lo que dice la Constitución española de 1978 sobre el tema, daremos un enfoque al artículo 18.1, para ofrecer un concepto constitucional al derecho a la propia imagen.

Una vez estudiada la naturaleza jurídica de Portugal y España, abordaremos el constitucionalismo de Brasil⁷²⁵, según el jurista Bonavides, puede ser dividido en dos importantes y distintas fases: el constitucionalismo imperial, cuyo período de duración fue de sesenta y cuatro años, y el constitucionalismo republicano, implantado en el país en 1889, y que prosigue hasta hoy⁷²⁶.

Tras el desarrollo de la teoría de los derechos de la personalidad⁷²⁷, de la formulación de un concepto del derecho a la propia imagen, del análisis de este derecho y de su aplicación en los sistemas constitucionales ibéricos, creemos que esta tesis posee fundamentación suficiente para proceder a la interpretación de lo que dice la Constitución brasileña sobre este tema. *Ab initio*, para ser congruente con nuestra propuesta de estructuración formal del trabajo es necesario trazar un breve boceto de las Constituciones históricas brasileñas y de su relación con el derecho a la propia imagen.

⁷²⁵ Para estudiar mejor la Historia Constitucional de Brasil vid: MELO FRANCO, Afonso Arinos de. Curso de Direito Constitucional brasileiro. Revista Forense, 1968; BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. OAB Editora, 2002; BONAVIDES, Paulo; AMARAL VIEIRA, R. A. Textos políticos da história do Brasil. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, s/f; LEAL, Aurelino. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1915; VARELA, Alfredo. Direito Constitucional Brasileiro (Reforma das Instituições Nacionais). Brasília: Senado Federal, 2002; FERREIRA, Waldemar Martins. História do Direito Constitucional Brasileiro. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Supremo Tribunal Federal, 2003.

⁷²⁶ Según el autor podemos estudiar el constitucionalismo de Brasil en: BONAVIDES, Paulo. “As quatro crises do Brasil constitucional” en Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú, (coord. por Raúl Morodo Leoncio, Pedro de Veja), Vol. 2, 2001, pgs. 755-778.

⁷²⁷ Discutida en el primer capítulo de esta tesis.

4.1. Responsabilidad civil y el derecho a la imagen.

Con base en lo que discutido en los capítulos anteriores, constatamos que varias son las situaciones que pueden herir la imagen de las personas, en busca de la protección jurídica de la imagen estudiaremos la jurisprudencia portuguesa, española y brasileña, el objetivo de este capítulo es investigar la protección de los atentados a la imagen: Entre ellos mensuraremos los debidos casos;

a) en la alteración de la apariencia física, por acto lícito o ilícito, que implique modificación o transformación de la imagen de la persona, independientemente de la relación jurídica involucrada (por ejemplo, en el ámbito de las relaciones laborales, de las relaciones de consumo, civil, contractual, servicios médicos, estéticos, transportes, hasta en el ámbito de las relaciones familiares).

b) en la captación de la imagen sin ciencia del titular de la imagen, se resalta que no se trata de consentimiento, mas de previa ciencia de que algo o alguien está captando a su imagen;

c) en el uso de la imagen ajena sin el consentimiento;

d) en el uso de la imagen cedida que exorbita las finalidades pactadas;

e) en la divulgación de la imagen en medio diverso (revista, periódico, redes sociales, productos) del pactado;

f) en la divulgación de la imagen falsa en relación a la persona o en relación al hecho o situación falsa, o mismo que verídica ya olvidada o superada sin ningún contexto razonable o justificable;

g) en la reproducción, pública o privada; de la imagen, por medio de fotografía, filme, caricatura, biografía, sin el consentimiento del titular de la imagen⁷²⁸;

⁷²⁸ En esta línea discute la interpretación de DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil, p. 192.

h) en la reproducción de la imagen con alteración del retrato por medio de montajes (photoshop), caricatura o dibujo etc.⁷²⁹;

i) en la reproducción de la imagen en contexto diverso de la captación⁷³⁰;

j) en la multiplicación de la imagen sin el consentimiento;

l) en la comercialización sin el consentimiento o si la autorización no afecta los plazos de vencimiento;

m) en la usurpación de la imagen, que consiste en apropiarse de la imagen de otro como se su fuera para ganar o no ventaja.

Otros atentados a la imagen que merecen ser destacados son los previstos en los artículos 240 hasta 241-E⁷³¹ del Estatuto del Niño y el Adolescente brasileño (Ley nº 8.069/1990). Estos artículos son de tipo penal que independientemente de la responsabilidad criminal, presuponen una responsabilidad civil. Tales dispositivos tienen como objetividad jurídica combatir la pedofilia y la explotación sexual de menores, por varios medios, como son fotografías, Internet, filmes, y que indirectamente protegen el uso de la imagen del niño y del adolescente.

Todos estos atentados son violaciones al derecho a la imagen lo que puede generar daño. El jurista José Aguiar Dias enseña que para haber responsabilidad civil se necesita que exista el daño, por ser este requisito para una indemnización, al final no habrá obligación de resarcimiento se no hubo el qué para reparar⁷³².

De ahí la importancia de la división de los daños en patrimoniales (materiales) y morales (inmateriales)⁷³³. Por un lado, daños patrimoniales consisten en un perjuicio económico. Por otro lado, daños extrapatrimoniales son aquellos morales⁷³⁴ que consisten en

⁷²⁹ Seguimos con DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 196.

⁷³⁰ Idem, ibidem.

⁷³¹ La redacción de los artículos 240 y 241 fueron alteradas por la Ley nº 11829, de 25 de noviembre de 2008, que en la misma oportunidad incluye los artículos 241-A, 241-B, 241-C, 241-D y 241-E

⁷³² Así lo establece DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 12ª ed. rev., atual. aumentada Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 819

⁷³³ Idem, p. 822.

⁷³⁴ A pesar de las críticas sobre la imprecisión de la expresión “daños morales”, acabó por ser adoptada y ampliamente aceptada por la doctrina a partir de su uso por Orozimbo Nonato, Aguiar Dias, Pedro Lessa, Clóvis

sufrimiento psíquico o moral, exteriorizado por los dolores, angustias y frustraciones infringidas al ofendido u ofendidas⁷³⁵.

Para el jurista Pontes de Miranda, el daño patrimonial consiste en el daño que atinge el patrimonio del ofendido; daño no patrimonial es el que, sólo atinge al deudor como ser humano, no le aflige el patrimonio⁷³⁶. Daño material es aquel que representa perjuicio económico. Entretanto, para Orlando Gomes la expresión daño moral debe ser reservada exclusivamente para designar el agravio que no produce efecto patrimonial. Se hay consecuencia de orden patrimonial, mediante repercusión, el daño deja de ser extrapatrimonial⁷³⁷.

Sobre el tema, el jurista Wilson Melo da Silva enseña que los daños morales son lesiones sufridas por la persona natural de derecho en su patrimonio ideal en contraposición al patrimonio material. Patrimonio ideal es el conjunto de todo aquello que no sea susceptible de valor económico⁷³⁸, que consiste en bienes que poseen valor en la vida del hombre, como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad individual, la integridad física, el honor y los demás sagrados afectos⁷³⁹.

Limongi França amplía el entendimiento de daño moral para incluir la persona jurídica, conceptuándolo como aquel que, directa o indirectamente, la persona física o jurídica, bien así la coletividad, sufra en el aspecto no económico de sus bienes jurídicos⁷⁴⁰.

La distinción entre daño patrimonial y daño moral sólo habla con respecto a los efectos, no a su origen, el daño es único e indivisible⁷⁴¹. Tal afirmación se deriva del hecho del daño se origina de una acción o omisión. Lo mismo si es lo único que repercute en varios

Bevilaqua e Filadelfo Azevedo (Wilson Melo da SILVA, O dano moral e sua reparação, p. 12).

⁷³⁵ En este sentido confiere CAHALI, Yussef Said. Dano moral, p. 21

⁷³⁶ Tratado do direito privado: parte especial. Tomo XXVI, § 3108, p. 30.

⁷³⁷ Señala GOMES, Orlando. Obrigações. 14ª ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 271.

⁷³⁸ Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. Rio de Janeiro: Forense, 1955., p.11.

⁷³⁹ Recoge esta teoría el autor Yussef Said CAHALI, Dano moral, p. 22.

⁷⁴⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. Revista dos Tribunais nº 631, ano 77, pgs. 29-37, maio de 1988..

⁷⁴¹ Conforme nota de pie de pagina nº 1178 del libro de José Aguiar DIAS, Da responsabilidade civil, p. 822, que hace alusión a los estudios de Alfredo MINOZZI (Studio sul danno non patrimoniale. Milão: Società Editrice Libreria, 1901).

ámbitos del derecho (civil, penal, administrativo, ambiental, etc.) y, así, en el ramo civil podrá tener repercusión patrimonial (material) o moral (inmaterial).

Con esto, existen atentados contra la imagen que provocan daño, por lo tanto, sería posible decir que este daño repercute en la propia imagen de la persona? Además del daño patrimonial y moral se podría admitir que exista daño a la imagen?

Una lesión a la imagen original de la persona, mas específicamente una lesión en su apariencia física, como una cicatriz⁷⁴² ocasiona un daño a la propia imagen, que puede no volver a ser la misma. En este caso se tiene una responsabilidad reparatoria para devolver el status quo anterior, se no es posible se realiza una indemnización que represente o alivie el status quo actual y futuro.

Se entiende que no se trata de atentados contra la integridad física, pero si de modificaciones aparentes o definitivas que transforman o alteran la imagen. No se debe confundir, por lo tanto, los atentados contra la unidad corporal de la persona con aquel que ven la imagen como bien jurídico a ser afectado. Puede acontecer atentado a la integridad física y generar un daño a la imagen o a la extinción del derecho, incluso ocasionar la muerte, mas será siempre una consecuencia y no un fin⁷⁴³.

El Código Civil brasileño de 2002 en sus artículos 949 y 950⁷⁴⁴ dispone sobre la lesión a la persona con deformación o incapacidad laboral. La doctrina y la jurisprudencia

⁷⁴² CARRARD, Jean afirma: “Não é possível enumerar todos os atentados (...). Seria preciso, para isto, escrever um dos capítulos da miséria humana; cicatrizes de todas as naturezas e todas as origens no rosto, ou em outras partes do corpo, deformação de um órgão (por exemplo do nariz, da boca, da orelha, da arcada superciliar); aparição de tumores, de crostas, de colorações, etc., na superfície da pele; perda dos cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes ou de um órgão qualquer.” O dano estético e sua reparação, in Revista Forense, vol. LXXXIII, p. 405).

⁷⁴³ CARRARD, Jean. comenta la distinción entre atentado a la estética y atentado a la integridad corporal, afirma que en ciertos casos, el atentado a la estética podrá acarrear un daño bien más elevado del que el atentado a la integridad corporal, mas en otros casos, el daño estético será totalmente o casi inexistente es la víctima deberá haber con una indemnización por ofensa a la integridad corporal. (O dano estético e sua reparação, in Revista Forense, vol. LXXXIII, p. 405).

⁷⁴⁴ Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescência, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indemnização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescência, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez

consagran la lesión que ocasiona deformidad, secuela dolorosa la denominación de daño estético.

Teresa Ancona Lopez afirma⁷⁴⁵ que el daño estético es siempre una especie de daño moral que puede dar lugar también al daño material⁷⁴⁶ y se caracteriza como cualquier modificación, corta o permanente, en la integridad física de la persona, que vuelve fea la apariencia externa, que le puede causar humillación, tristezas y desgustos⁷⁴⁷.

Del mismo entendimiento, Carlos Roberto Gonçalves dice que para existir daño estético es necesario que haya deformidad, donde lo que se indemniza es la tristeza, la humillación. Para el autor, daño estético es el daño moral que recurre en deformidad física; no se trata de un nuevo daño, al lado del daño material o moral, es más que un aspecto del daño moral⁷⁴⁸.

Para el jurista Yussef Said Cahali la simple deformación, así no sea una deformidad, puede representar una secuela dolorosa, frustra expectativas de vida del lisiado o de la lisiada. El ser humano debe ser protegido en su integridad corporal y espiritual⁷⁴⁹. Explica Cahali, citamos Gubert Griot⁷⁵⁰, donde aclara que cada ser humano viene al mundo envuelto en la forma de su cuerpo, lo que constituye su apariencia física; es por su apariencia que una persona marca desde el inicio de su vida su círculo de acción, puede atraer simpatía o antipatía, puede favorecer o perjudicar el desarrollo de su personalidad, por eso se atenderá a la existencia física no solamente en caso de lesionar, de amputación o fractura de una parte del cuerpo, sino también cuando aflingir la apariencia física, para Griot integridad corporal

⁷⁴⁵ Así lo establece LOPES, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 53.

⁷⁴⁶ Así lo establece LOPES, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 55.

⁷⁴⁷ Idem, p. 46 a 54. Para Eneas de Oliveira MATOS sólo caracterizan daño estético los requisitos: i) cualquier modificación en la integridad física y ii) daño cierto y permanente. Los requisitos de apariencia externa, enfeamento y rejección social, a su entender, no pueden ser considerados, sin perder de vista la práctica de la doctrina sobre la materia. (Dano moral e dano estético, p. 184).

⁷⁴⁸ Dice GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil. Vol. 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 445.

⁷⁴⁹ Señala CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 3ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 202 e 203.

⁷⁵⁰ Das Recht am eigenen Körper auf Grund des Art. 28 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Sarnen: J. Abaecherli, 1921, 89p. (Tese de doctorado defendida en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Zurich al respecto del “direito sobre o próprio corpo” conforme el Código Suíço vigente). Informaciones de la Rede Virtual de Bibliotecas – RDBI. Disponível: <<http://www.senado.gov.br/biblioteca/DetalhaDocumento.action?id=000207494>>. Acceso en: 15/mar./2016.

comprende la integridad de la apariencia, de la imagen, principalmente los rasgos de la cara y los movimientos habituales de una persona⁷⁵¹.

Igualmente Wilson Melo da Silva enseña que en la esfera civil el daño estético abarca deformidades u otras deformaciones, marcas o defectos, que impliquen cualquier aspecto en “afecto” de la víctima o que pueden constituir para ella en simples lesiones o todavía en permanente motivo de exposición al ridículo o complejos⁷⁵². Cualquier alteración en el rostro, que pueden ser cubiertas, disfrazadas o disimuladas, por ejemplo, por la barba o maquillaje, puede implicar en un daño estético en la esfera civil, aunque irrelevantes en la esfera penal⁷⁵³.

Jean Carrard enfatiza que el perjuicio estético supone una deformación, puede tener el derecho a la indemnización también se puede dar cuando la víctima no es deformada, pero si transformada⁷⁵⁴. Por ejemplo:

Un comerciante que viajaba por varias ciudades, fue víctima de un accidente, y como consecuencia de éste su nariz fue mutilada, a pesar de los avances en la cirugía estética, no fue posible reimplantarle la nariz, Sin embargo, en la intervención quirúrgica el cirujano pudo colocarle una nariz con características similares a la de un perfil griego Para la opinión de muchas personas el comerciante quedó mejor después de la cirugía, además su rostro no sufrió deformidad Sin embargo, el comercial no se siente cómodo con su nueva nariz Al visitar a clientes que no veía desde hacía mucho tiempo, le ocurría que no le reconocían El comercial tenía que argumentar y comprobar que era la misma persona de siempre, muchos de sus compradores no le creyeron, otros no se dejaron persuadir y le trataron de impostor En el bar donde era una persona conocida, y popular, pasó a ser un individuo desapercibido puesto que se encontró con el problema que ya no era saludado por el asiduo público que iba al lugar Para este comercial, la operación estética, puede acarrearle en virtud de la transformación de su nariz, tanto daños u ofensas en su futuro económico y/o moral

Otro ejemplo: un político tenía como característica física una pequeña barba Sus adversarios le secuestraron y le rasuraron la barba, le dejaron en libertad poco antes de

⁷⁵¹ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 203. O mesmo trecho é citado por Artur Marques da Silva Filho, *A responsabilidade civil e dano estético*, in RT 689, p. 41.

⁷⁵² CARRARD, Jean. *O dano estético e sua reparação*, in *Revista Forense*, vol. LXXXIII, p. 408 y Tereza Ancona Lopez, *O dano estético: responsabilidade civil*, p. 30.

⁷⁵³ *Idem*, *ibidem*

⁷⁵⁴ CARRARD, Jean. *O dano estético e sua reparação*, in *Revista Forense*, vol. LXXXIII, p. 407.

las elecciones. Para muchas personas quedó mejor sin barba pero en los comicios electorales, el político no fue reconocido y muchos votantes no le apoyaron con su voto, dicha persona sufrió una ofensa no sólo a su físico por parte de sus captores sino también un daño irreparable en su profesión lo que le ocasiona además un daño económico y por supuesto moral⁷⁵⁵.

Los ejemplos de Carrard sintetizan la concepción de que el daño incide sobre la integridad corporal y espiritual⁷⁵⁶ del ser humano que componen a su imagen (apariencia física).

Observa Rosália Toledo Veiga Ometto que aunque los artículos 949 y 950 del Código Civil brasileño de 2002 no expliciten la existencia de daño estético, se considera su posibilidad en recurrencia del ordenamiento como un todo⁷⁵⁷.

Cabe hacer algunas consideraciones sobre la denominación “daño estético”. El significado de la palabra “estético” comprende la idea del que es atrayente, de identificación y apreciación de lo que es bello de un individuo⁷⁵⁸, y tiene como sinónimos: bello, atrayente, elegante, armonioso, lindo; y antónimos: desarmónico, deselegante, feo. Esta palabra trata de valor, no de un bien.

Cuando los autores se refieren al daño estético, tratan a nuestro ver la imagen. En este sentido, Teresa Ancona López afirma que el daño estético es ofensa a un derecho de la personalidad, el de la integridad física personal, que no es sólo la imagen externa⁷⁵⁹. Con todo, conforme la idea desarrollada en este trabajo, la imagen es un todo (llamamos de imagen original) y comprende materia y forma (cuerpo y esencia). Por lo tanto, no hay imagen externa, hay sólo imagen.

⁷⁵⁵ Idem, ibidem

⁷⁵⁶ Conforme explica CAHALI, Yussef Said . Dano moral, p. 203.

⁷⁵⁷ Señala OMETTO, Rosália Toledo Veiga. Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, p. 690.

⁷⁵⁸ Ya avanzada HOUAISS. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1253

⁷⁵⁹ Así lo hace notar LOPES, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 55. En sus palabras: “En resumen, diríamos que el daño estético es la lesión a un derecho de la personalidad, el derecho a la integridad física, especialmente en su apariencia externa, en la imagen que se presenta. (Idem, p. 64).

El bien jurídico protegido es la imagen y el valor se encuentra en la dignidad de la persona, y no en la belleza del individuo.

Como ejemplo, un modelo puede ser seleccionado para realizar publicidad, no porque es bonito, todo lo contrario porque es feo. Hace de su figura su sustento, la lesión a esta imagen puede traer ciertamente daño material, dejará de trabajar, mas se trara también del daño a la imagen, visto que era de aquella manera conocido⁷⁶⁰. Quien determina el daño estético y dice que tal persona quedó mas fea o mas bonita? El daño es la imagen. No es necesario el sufrimiento para caracterizar el daño: muchas personas por timidez, carácter, filosofía de vida, pueden sufrir los mayores infortunios, como quedaren feas alejadas, con apariencia desagradable y lo mismo así continuaron sintiendosen bien y bonitas. Todavía en este caso existe el daño a la imagen.

Teresa Ancona López afirma que el daño estético aflige la imagen social, que define como el modo con que los otros ven a la persona, donde la hacen sentir bien o mal, y no al derecho de la personalidad de la propia imagen⁷⁶¹. Todavía, el que los otros ven es la propia imagen de la persona alterada, modificada, transformada por un acto lícito o ilícito. El daño no está en cómo la otra ve; la percepción (opinión, actitudes) de los otros (de la sociedad) es oriundo del daño a la imagen.

Así, el perjuicio en la imagen de la persona es la alteración que, en principio, no retorna a su condición anterior, a su imagen original y sus reproducciones son resultados de su apariencia física actual. Se resalta que la Constitución Federal brasileña de 1988, en su Art. 5º, inciso V, dispone sobre la existencia del daño material, moral y la imagen. A nuestro ver el que la doctrina y la jurisprudencia denominan de daño estético relacionado a la persona natural, se trata de un daño a la imagen.

A fin de esclarecer esta percepción, la jurista Teresa Ancona López sustenta la tesis del daño moral y de daño estético en el inciso V, del Art. 5º de la Constitución Federal⁷⁶². El texto del artículo dice “daño a la imagen”, entonces por qué se debe leer “daño estético”⁷⁶³?

⁷⁶⁰ Se observa que la situación se asemeja al ejemplo citado acima de Jean CARRARD. O dano estético e sua reparaçã, in Revista Forense, vol. LXXXIII, p. 407.

⁷⁶¹ LOPES, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 30.

⁷⁶² En las palabras de Lopez: la base legal para admisión de la cumulación del daño moral y del daño estético y el

En nuestro punto de vista, la solución encontrada por la doctrina y jurisprudencia recurre del sentido estricto del entendimiento de que significa derecho a la imagen. Se procuró en este trabajo destacar que el derecho a la propia imagen comprende tanto los derechos sobre la captación, reproducción y divulgación de la imagen decurrente, como también a su imagen original (imagen-matriz).

Así, los daños patrimoniales, morales y a la imagen son todos pasibles de reparación. La reparación del daño puede ocurrir por diversos medios, el más usual es la reparación del equivalente de la pérdida sufrida en dinero, pero también se puede dar por la restitución de la cosa perdida específica o por equivalente, y todavía por compensación⁷⁶⁴.

En el ámbito del derecho a la imagen, se admite que un daño a la imagen sea reparado por medio de restauración, de reintegración y de indemnización.

Por ejemplo, un accidente del trabajo que cause una lesión al empleado, y consecuentemente a su imagen, no resta duda de que al empleador le cabe ha responsabilidad de restaurar el daño, por la reparación por medio de cirugía plástica, desde que el empleado permita la intervención en su propio cuerpo. En lección de Pontes de Miranda: “Se a reparacão em natura, na pessoa, é praticável, somente o lesado pode admitir o pagamento em dinheiro. (...) O tratamento é qualquer processo de recuperação, conforme a ciência do momento em que dele se cogita. Mesmo se algum tempo após primeira atividade médica, inclusive cirúrgica, e antes de prescrever a descobre que melhor solução daria, puede ser exigida la prestación del professional, a custa del lesante”⁷⁶⁵.

Ejemplo de reparación por medio de reintegración puede ocurrir en la hipótesis de la fotografía de una persona al tener su contexto alterado; al perjudicado tiene el derecho de requerir que se devuelva a la situación anterior, para reintegrar la condición a la época de la captación de la imagen.

Art. 5, V, de la Carta Magna, la referida norma constitucional admite reparación para tres tipos de daños: el material, el moral y el daño a la imagen. op. cit., p.165.

⁷⁶³ Es el que defiende Eneas de Oliveira MATOS: “(...) : poder-se-ia ler, então, na Constituição que são reparáveis e cumuláveis os danos material, moral e estético em tal dispositivo, ao invés da literalidade do texto que é danos material, moral e à imagem”. (Dano moral e dano estético, p. 265).

⁷⁶⁴ Señalan NERY Jr, Nelson y NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado, p. 787.

⁷⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Tomo I: Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Atualizado por: Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, Direitos das obrigações: (...), § 5538, item 6, 2012, p. 175.

En los ejemplos citados, de la restauración o reintegración no es posible o su éxito fue limitado, cabrá indemnización por el daño a la imagen, independientemente de otras indemnizaciones procedidas de perjuicios materiales o morales.

Del atentado de la imagen por publicación sin autorización surge la cuestión de para ocurrir reparación es necesario perjuicio económico. La Súmula 403 del STJ brasileño pacificó la cuestión al entender que: Independientemente de prueba del perjuicio a la indemnización por la publicación no autorizada de imagen de persona con fines económicos o comerciales. La protección de la imagen independientemente de sus fines económicos o morales, cuando el artículo 5º, inc. V, de la CF brasileña de 1988 señala tres tipos de daños, tenemos tres tipos de intereses que son el patrimonial, el moral y el de la dignidad de la persona representada por la imagen de la persona.

4.2. El derecho a la propia imagen en las Constituciones de Portugal, España y Brasil

4.2.1. El concepto constitucional portugués del derecho a la propia imagen.

La historia constitucional portuguesa junto a la española y a la griega tienen en común la consagración del movimiento democrático en la década de los setenta. La desventaja de conocer la democracia real más tardíamente que en otros países europeos se tradujo en una ventaja en lo que se refiere a positivación de la Constitución de estos países. Eso debido a que pudieron comparar lo que había de positivo en la experiencia constitucional en los demás países, que ya habían implantado el Estado Democrático y Social de Derecho, así como analizar la conveniencia de introducir los beneficios de este examen en sus textos constitucionales.

Como revela el jurista Miranda, los revisores de la Constitución de 1976 de Portugal deberían concederle tutela expresa a tal derecho, tanto que, por unanimidad, votaron por su

inserción en el texto constitucional en el actual artículo 26⁷⁶⁶. Antes de adentrar en el debate sobre la configuración constitucional portuguesa del concepto del derecho a la propia imagen, es conveniente recordar que otro artículo de la Constitución también hace referencia a la palabra imagen: “Artigo 37º - Liberdade de expressão e informação 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”. La lectura del artículo indica que la imagen allí citada representa un instrumento de la libertad de expresión, no tratándose, específicamente, de un derecho individual a la propia imagen⁷⁶⁷. Este uso es una de las varias posibilidades funcionales de la imagen, el cual el constituyente portugués optó por positivizar expresamente en el texto constitucional.

Sin embargo, la palabra imagen en el contexto del artículo puede significar imagen humana o no, es decir, no necesariamente se usan las imágenes humanas para expresar y divulgar libremente el pensamiento. Pero la sistematización de la Constitución Portuguesa, que dedica un artículo específico a los “direitos individuais”, no permite afirmar que el objeto de este precepto es la tutela del derecho individual a la propia imagen. El mencionado artículo sólo favorece el entendimiento de la relación dialéctica que existe entre el derecho a la propia imagen y la libertad de expresión.

Una de las primeras cuestiones que se ha de debatir es la denominación dada al derecho en cuestión por la Constitución Portuguesa: derecho a la propia imagen. Como ya se ha visto, coincidimos con la idea del jurista Azurmendi Adarraga, que defiende que si se habla el derecho a la imagen *in genere*, el ámbito de aplicación del derecho se amplía, extendiéndose al retrato literario y a las diversas formas externas de referencia a la personalidad⁷⁶⁸.

Estas matizaciones terminológicas, seguramente, pueden suscitar dudas, como las planteadas por la mencionada autora. Además de estos problemas relacionados, añadimos que, igualmente, la expresión derecho a la imagen tampoco indica concretamente quién es el

⁷⁶⁶ Número 101, en la sesión del día 08 de junio de 1982, publicado en el Diario en el día 11 de junio, p. 4169

⁷⁶⁷ Esta es una realidad también defendida por la doctrina portuguesa. TORRES (António Maria M. Pinheiro. *Acerca dos Direitos de Personalidade*. Editor Rei dos Livros: Lisboa, 2000, p. 37), por ejemplo, afirma que “é livre o uso da imagem de uma pessoa, na medida em que essa imagem tenha valor informativo. A imagem pertence aos meios de comunicação e de expressão contemporâneos

⁷⁶⁸ En este contexto asegura la jurista AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la...cit.*, p. 29.

titular del derecho. Se abre la posibilidad de que, por ejemplo, sea un fotógrafo el que tiene derecho a la imagen la cual él ha fotografiado, lo que puede causar una confusión conceptual con la propiedad intelectual, como sinónimo de derecho de autor y derechos conexos. Por ello, es innegable que el *nomem iuris* “derecho a la propia imagen” aporta, seguramente, más criterios de individualidad, de singularidad y de reconocibilidad, como determinantes a la realidad jurídica de la imagen humana.

Cuando se emplea el término “propia” en la expresión que denomina el derecho, efectivamente, se concede mayor concreción y conformación a su titularidad, la persona tiene el derecho a su propia imagen y no a una imagen cualquiera. De hecho, por estos interrogantes, los cuales podían difuminarse en la configuración de dicho derecho, estimamos que sería más técnico si la Constitución Portuguesa tuviese asignado el término derecho a la propia imagen.

No obstante, si no se enfoca el método puramente literal de la interpretación, se percibe que todos los otros criterios⁷⁶⁹ y/o principios⁷⁷⁰ confluyen para que de esta expresión se deduzca que el derecho que está previsto en el artículo 26, del texto constitucional portugués, es el derecho a la propia imagen.

En efecto, la propia estructura del precepto, cuando establece los demás derechos personales, indica este mensaje. Junto a los otros ocho derechos que se refieren a la persona como titular en sí misma considerada, el derecho a la propia imagen no podría dissociarse de esta idea, se quebranta la unidad que el *iter* constituyente quiso dar.

Además, de los artículos precedentes también se infiere que la sistematización constitucional lleva a entender que lo que se protege es la propia imagen de la persona⁷⁷¹. Aún, en esta línea, procede comentar que la Constitución Portuguesa reservó el artículo 42 para la libertad de creación cultural, que protege la creación intelectual, artística y científica. Esta libertad “compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a proteção legal dos direitos de autor,” abole, por lo tanto,

⁷⁶⁹ Histórico, sistemático y teleológico.

⁷⁷⁰ Unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, efecto integrador y fuerza normativa.

⁷⁷¹ Artigo 24º (Direito à vida) 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte. Artigo 25.º (Direito à integridade pessoal) 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

cualquier interpretación que se proponga a incluir al derecho de autor en el citado artículo 26⁷⁷².

En efecto, la noción de la propia imagen portuguesa, respecto a su dimensión de forma visible o representación gráfica sensible de una persona⁷⁷³, versa sobre la imagen de una persona singular, reconocible e individual⁷⁷⁴. La imagen humana, para ser tutelada ante el Derecho constitucional portugués, debe ser configurada a través de tres criterios que se interrelacionan: la individualidad, la identidad y la reconocibilidad⁷⁷⁵.

No obstante, hay quien intenta configurar el concepto de tal derecho ampliando el alcance de su visibilidad, incluye en este contenido la perspectiva psíquica de la imagen; sin embargo, no parece ganar fuerza tal concepción⁷⁷⁶. 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 humana⁷⁷⁷.

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 públicamente de acordo com aquilo que ela realmente é ou pensa ser⁷⁷⁸”.

⁷⁷² Artigo 42º (Liberdade de criação cultural) 1.É livre a criação intelectual, artística e científica. 2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.

⁷⁷³ Cuanto a la denominación específica, veamos TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”. teleológico..cit., p. 400.

⁷⁷⁴ Procede recordar las palabras de: TORRES, António Maria M. Pinheiro. Acerca dos Direitos de Personalidade... cit., p. 37.

⁷⁷⁵ También conceptúa TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”... cit., p. 401.

⁷⁷⁶ Defendida por El jurista PEREIRA CHAMBEL Elia marinaen “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, pgs. 503-531. La autora cita Manuel Valiente 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 protecção do direito à imagem não pode ser apenas a protecção 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).

⁷⁷⁷ MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão... cit., p. 753; TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 398.

⁷⁷⁸ AcTC Português N.º 6/84, Processo nº 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 N.º 628/2006, Processo nº

Resaltemos que 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 ámbito normativo de tal derecho. Como se ha comprobado, la imagen debe ser entendida como la proyección del aspecto físico externo de la persona, que representa por ello un rasgo de la personalidad, y el mensaje visual contenido se realiza a través de la representación gráfica material de los aspectos inmateriales de la personalidad⁷⁷⁹.

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 cualquier, sea por vídeo, fotografía, pintura, dibujo, caricatura, etc⁷⁸⁰. 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 cuerpo del individuo, configura, de este modo, como defiende el jurista Orlando de Carvalho, su protección *imagética*⁷⁸¹. 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, 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 divulgarla⁷⁸². 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 infiel⁷⁸³. En este sentido, en varias ocasiones el

502/2006, 2ª Secção.

⁷⁷⁹ Así lo denomina TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 398.

⁷⁸⁰ Comenta MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão...cit, p. 753

⁷⁸¹ Cuanto la denominación específica, veamos CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral da Relação Jurídica, Coimbra, 1970, p. 72; AcTC Português Nº 263/97, Processo nº 179/95, 1ª Secção; AcTC Português Nº 631/2005, Processo n.º 49/05, 2.ª Secção.

⁷⁸² Procede recordar las palabras de: ANDRADE, Manuel da Costa. “Sobre a reforma do Código Penal Português...cit., p. 494.

⁷⁸³ Describi 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

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”⁷⁸⁴

No obstante, a nuestro 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 Portugal⁷⁸⁵. Es necesario, en principio, *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 retratada⁷⁸⁶.

En la primera de las categorías de distorsión, se ha de aclarar que si se distorsiona o se altera materialmente una imagen⁷⁸⁷ 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 es 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 intelectual⁷⁸⁸

da Costa. Liberdade de imprensa... cit., p.143-4.

⁷⁸⁴ 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.

⁷⁸⁵ En este sentido, MORAES, Walter. “Direito à própria imagem (II) in: Revista dos Tribunais, São Paulo, n° 444, out. 1972, p. 11-28, se analiza 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”

⁷⁸⁶ Asegura: 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 ADARRAGA, op. cit., p. 24 ; DINIZ, Maria Helena. “Direito à imagem e a sua tutela” Estudos de direito de autor, direito da...cit., pgs. 96-97; DUVAL, Hermano. Direito à imagem... cit., pgs. 45 y ss.

⁷⁸⁷ Según 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 irréelle; 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»

⁷⁸⁸ Merecen especial atención lo comentario de RAVANAS, op. cit., p. 37: “Il est inexact de penser que la

Ante estas observaciones, es indiscutible admitir, por lo tanto, que la Constitución Lusitana de 1976 protege la faculta 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. En realidad, un debate claro sobre este punto no o cierto es que no los menciona la ley, a no ser implícitos en la figura de la falsa identidad del art. 307 del Código Penal, amplia de un lado como figura de ilícito penal, pero bastante específica del otro, por cuanto no escapa a la esfera de la identidad. Con todo, este tema no ha sido discutido ni por la doctrina, ni tampoco por la jurisprudencia constitucional de Portugal, sin embargo, algunos indicativos pueden ayudar a esclarecer 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 patrimonial⁷⁸⁹. El derecho a la propia imagen establece, como principio fundamental que el retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o lanzado en el comercio sin el consentimiento del titular⁷⁹⁰. Además, la protección de la propia imagen no sólo está relacionada con la puesta en venta, sino que la tutela de la propia imagen también excluye cualquier forma de aprovechamiento no consentido, aunque para sea para finalidades ideológico-partidarias⁷⁹¹.

La doctrina portuguesa 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 negativa⁷⁹². Como sostiene La jurista Cláudia Trabuco, “por um lado, confere às pessoas a facultade 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”⁷⁹³.

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”.

⁷⁸⁹ Podemos analizar mejor la filosofía ilustrada por este texto en: TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”... cit., p.401.

⁷⁹⁰ Argumenta el escritor MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão... cit., p. 753.

⁷⁹¹ Asegura ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil, Teoria Geral, vol. I, Introdução as Pessoas, Os bens. Coimbra Editora: Coimbra, 1997, pgs. 105-108.

⁷⁹² Describí el escritor REBELO, Maria da Glória Carvalho. A responsabilidade civil...cit., p. 86.

⁷⁹³ Defendida por El jurista TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 405.

A su vez, la jurisprudencia constitucional se remite 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 o 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 pessoa contra a utilização abusiva da sua imagem (...)”⁷⁹⁴

Tal remisión, explica el jurista 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 presença⁷⁹⁵”. En efecto, insistimos, nunca ha llegado al Tribunal Constitucional Portugués una demanda que cuestionara los lucros monetarios de la imagen de alguien que la tenga así usado o se sentido violado en su derecho constitucional. No obstante, la expresión usada en esta decisión “seu lançamento no comercio sem autorização do retratado” parece admitir que la tutela 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 Constitución de 1976, se inclina en este sentido, pues existe una clara preocupación constitucional de proteger al derecho como un todo, irradiando todas las posibilidades de lesión que se puedan ocurrir.

Por todo ello, ante la opinión doctrinal y ante esta definición operacional dada por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Portugal, estimamos 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, coincidente con la opinión de la jurista 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

⁷⁹⁴ AcTC Português N.º 6/84, Processo nº 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.

⁷⁹⁵ Procede recordar las palabras de: MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...cit.*, p. 759.

pessoa de impedir que um terceiro possa captar, reproduzir, ou publicar a sua imagem sem autorização”⁷⁹⁶.

4.3. El derecho a la propia imagen en la Constitución Española

Antes de 1978, el derecho a la propia imagen nunca había sido regulado en la tradición constitucional española. En efecto, no obstante los numerosos precedentes de regulación de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones en las constituciones antecesoras, no hubo nada relacionado con la propia imagen, ni tampoco al honor o a la intimidad *stricto sensu*. Es novedoso, el artículo 18.1, de la Constitución Española de 1978, que dispone “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Sin embargo, para iniciar el desarrollo de este apartado, es oportuno registrar, aunque de modo breve, el contexto de la elaboración parlamentaria de la inserción del derecho a la propia imagen en dicho texto constitucional.

No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afecta a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, 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 cultura española para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 13)⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ Em esta línea REBELO, Maria da Glória Carvalho. A responsabilidade civil...cit., p.86.

⁷⁹⁷ Además de esta sentencia, el TC en otras oportunidades ha indicado esta autonomía: “el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor ...” (STC 99/1994, de 11 de abril FJ5); “el derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad” (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ3).

4.3.1. El artículo 18.1 de la Constitución Española: honor, intimidad y propia imagen.

La tutela constitucional expresa del derecho a la propia imagen fue sucedida con la inserción de la palabra “imagen” en redacción del artículo 18.1, resaltemos que no sólo en la historia constitucional española, sino en el constitucionalismo occidental. Muchos juristas citan la Constitución de la República Portuguesa de 1976 como la primera Constitución que elevó este derecho al grado de constitucional, no obstante, el vocablo “imagen” no figuraba de modo expreso en el original artículo 33 del texto constitucional democrático portugués. En otras palabras, no quiere decir que el nombrado artículo 33, de la Constitución Portuguesa de 1976, no tuvo influencia en la transcripción del artículo 18.1, de la Constitución Española. Los hechos y los textos históricos comprueban tal relevante influjo. Entretanto, se denota de la lectura del texto originario constitucional portugués, la ausencia de la palabra “imagen”. Es un aspecto formal que tiene su trascendencia para el Derecho Positivo Constitucional y para quien destaca el enfoque positivista como forma de interpretación de las normas.

Ahora bien, resaltemos la forma como se ha redactado el artículo 18.1 de la Constitución española de 1978, que ha suscitado varias interpretaciones, críticas y opiniones. Tal cual resalta el jurista Pardo Falcón que el derecho a la propia imagen no aparece inicialmente inserto en el Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados (BOC de 5 de enero de 1978), aunque sí alude de manera expresa en el artículo 20.5, como uno de los límites específicos de las libertades de expresión⁷⁹⁸

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”. El Anteproyecto del texto publicado en el BOC de 5 de enero 1978, mantiene la misma redacción, sin bien incluida en el artículo 18. Este texto fue objeto de tres enmiendas en el Congreso de los Diputados: 1ª) la (enmienda nº. 2) de D. Antonio Carro Martínez proponía la suspensión del párrafo 1 del artículo 18, porque su contenido se hallaba recogido en el artículo 20.6; 2ª) la de D. Jesús Sancho Rof (UCD), enmienda nº 716, que planteaba oportunamente la inclusión de la garantía del derecho a la propia imagen, en relación con lo

⁷⁹⁸ Veamos el concepto de 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.

previsto en el 6 del artículo 20; 3ª) la de UCD (enmienda nº 779) que proponía la redacción actual del artículo 18.1. Se alteró el artículo conforme las propuestas de las últimas dos enmiendas, no aceptándose la nº 2, de Carro Martínez (AP). Concluida por la Ponencia designada al efecto, el estudio de las enmiendas presentadas al Anteproyecto de Constitución, el BO de las Cortes, de 17 de abril de 1978, publicó el informe de la Ponencia, y como Anexo al mismo, el texto de Anteproyecto, con las modificaciones introducidas a consecuencia de dicho informe. Ya en el Senado, este artículo fue objeto de una sola enmienda (nº 145), que iba firmada por el senador (por designación real) Camilo José Cela Y Trulock, quien proponía el siguiente texto: ‘Se garantiza el derecho al honor y a la intimidad’. Consideraba que no era necesario aclarar que la intimidad es personal y familiar, 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 debido a que lo englobaban en los dos anteriores⁷⁹⁹. Dicha enmienda fue rechazada y el artículo permaneció con la redacción ahora en vigor, con el reconocimiento expreso del derecho a la propia imagen como derecho autónomo, y convirtiéndose así la Constitución Española en la primera en este terreno⁸⁰⁰.

Sobre esta tramitación en la Asamblea Constituyente Española, sostiene el jurista Alegre Martínez que el derecho a la propia imagen pasó casi desapercibido durante el debate constituyente como ha sido su casi total ausencia en los textos internacionales, en el Derecho comparado, y en el constitucionalismo histórico español⁸⁰¹. No obstante, se nota, la intención de otorgar una efectiva y expresa protección a estos tres derechos, tras la positivación conferida a ellos por la Constitución de 1978 en el artículo 18.1. En efecto, la doctrina española y la jurisprudencia constitucional parecen coincidir, en su mayoría, en que el fundamento común de los derechos recogidos en el artículo 18 CE no es otro que el principio de dignidad de la persona. Plantean que tales derechos regulados poseen un significado personalista, estrictamente vinculados a la personalidad, y derivados, sin duda alguna, de la dignidad de la persona⁸⁰². Se corrobora este sentido, el texto de 1978 expone en el artículo 10.1, del Título I, de los derechos y deberes fundamentales, que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden y de la paz social”.⁸⁰³

⁷⁹⁹ Pasamos a analizar este texto en LOPÉZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y el derecho... cit., p. 26.

⁸⁰⁰ Se puede seguir el mismo estudio con: HERRERO-TEJEDOR, F. Honor, intimidad.. cit., p. 49 y ss.

⁸⁰¹ Con la misma idea en ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. El derecho a la propia imagen. ...cit., p. 37.

⁸⁰² Con el mismo pensamiento en LOPÉZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y el...cit., p. 27.

⁸⁰³ Opina el escritor GITRAMA GONZÁLEZ, M. “El derecho a la propia imagen, Hoy” ... cit., p. 206.

Así que, la interrelación existente entre los derechos del honor, intimidad y la propia imagen justifica un carácter unitario basado en el valor de la dignidad y destinado a proteger la inviolabilidad personal de los individuos. Este parece ser el entendimiento del Tribunal Constitucional Español que, al interpretar el aludido artículo 18.1, ha reconocido la autonomía del derecho a la propia imagen, distinguiéndolo del derecho al honor y del derecho a la intimidad en su doctrina; “En la Constitución Española ese derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo artículo 18.1 del Texto constitucional. No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afecta a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, 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 humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 13)⁸⁰⁴.”

4.3.2. El derecho a la propia imagen en el concepto constitucional español.

Al analizar lo que se ha escrito sobre el derecho objeto de esta investigación, es incuestionable verificar que el concepto que he propuesto para desarrollar el trabajo proviene, sustancialmente, de los planteamientos de la experiencia española. Los motivos que justifican esta afirmación ya han sido planteados en la introducción de esta investigación, razón por la

⁸⁰⁴ Además de esta sentencia, el TC en otras oportunidades ha indicado esta autonomía: “el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor ...” (STC 99/1994, de 11 de abril FJ5); “el derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad” (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ3).

cual reiteramos que ha sido la configuración hispánica del derecho a la propia imagen la que me más nos aportó para que llegáramos a la conclusión de que la tutela jurídica de la propia imagen protege la facultad de aprovechar (positiva) o de excluir (negativa) la posibilidad de representación gráfica (la captación, la reproducción, la publicación) de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularicen y tornen reconocible la figura de la persona⁸⁰⁵.

⁸⁰⁵ Vid. ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. El derecho a la propia imagen. Editorial Tecnos: Madrid, 1997; AMAT LLARI, Eulalia. El derecho a la propia imagen y su valor publicitario. La Ley: Madrid, 1992; AZURMENDI ADARRAGA, Ana. El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información. Editorial Civitas, Madrid, 1997; BARNETT, S. R. “El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia con el Derecho español”, en Revista de Derecho Mercantil, n. 237, julio-septiembre, 2000, pgs. 1229-1230; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen in La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Año XX, n° 4708, pgs. 1-8; CABALLERO GEA, José-Alfredo. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: calumnias e injurias. DYKINSON: Madrid, 2004; CASAS VALLES, Ramón: “Honor, intimidad e imagen: su tutela en la LO 1/82”, en Revista Jurídica de Catalunya, n° 2, 1989; pgs. 9-95; CASAS VALLÉS. “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación” en Poder Judicial, n. 14, junio, 1989, Madrid, pgs. 131-144; CARRILLO, 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. 63-90; CARRILLO, Marc. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental” en Revista Jurídica de Asturias, n.18, 1994, pgs. 7-30; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Bosch Casa Editorial S.A: Barcelona, 1996; 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; CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia. Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995; DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción. “El derecho a la propia imagen de los personajes públicos: algunas reflexiones a propósito de las 139/2001 (Caso Cortina) y 83/2002 (Caso Alcocer)” en Revista Española de Derecho Constitucional, año 23, n. 67, enero-abril de 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pgs. 285-315; DE LA VALGOMA, María. “Comentario a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” en Anuario de Derechos Humanos, n.2, Marzo 1983, Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, pgs. 647-671; ENRICH, Enric. “El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión”. Revista Jurídica de Cataluña. Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación (1985), n. 3, 2004, pgs. 795-812, ESTRADA ALONSO, Eduardo. El derecho al honor en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Madrid: Civitas, 1989; ESTRADA ALONSO, Eduardo. “El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo” en Actualidad Civil, N° 25, Semana 18-24 de Junio de 1990 (2), XXV, pgs.347-364; 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 el Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García (coord. por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González), Vol. 1, 2004, pgs. 1867-1884; GINESTA AMARGOS, J., Ius imaginis, en Revista Jurídica de Catalunya, n. 4, 1983, pgs. 897-916; GITRAMA GONZÁLEZ, M. “Derecho a la propia imagen”, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Tomo XI, Barcelona 1979, pgs. 301-376.; GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. “El derecho a la propia imagen hoy” in Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España / Consejo General del Notariado, Madrid, Vol. VI, pgs. 203-252, GORROTXATEGI AZURMENDI, Miren. “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; 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; HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, Intimidad y Propia Imagen. Editorial Colex: Madrid, 1994; IGARTUA ARREGUI, Fernando. La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos. Editorial Tecnos S. A., Madrid: 1991; SALVADOR CODERCH, Pablo (director) [et al]. El mercado de las ideas. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1990; LAMA AYMÁ, Alejandra de. La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006; LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices – publicitarios. Vision Net: Madrid,

Ciertamente, la característica más notable y relevante del estudio del derecho a la propia imagen en España es su bipartición en dos contextos bien distintos: la 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. Ante tales digresiones conceptuales, cuando se analiza la jurisprudencia constitucional, la aportación más destacada y primordial es que se hace una distinción material del derecho a la propia imagen en dos ámbitos, uno de facultad negativa (de exclusión) como el concepto moral/constitucional; de otro lado, la facultad positiva (de aprovechamiento) integraría su vertiente patrimonial (comercial/infraconstitucional).

El primero, constitucional, representa la facultad de evitar la difusión incondicionada del aspecto físico, éste constituye el primer elemento configurador de la individualidad de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual⁸⁰⁶

Explica el jurista 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,

2005; SARAZÁ JIMENA, Ra fael. Libertad de expresión e Información frente a honor, intimidad y propia imagen. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1995; MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido. Bosch: Barcelona, 2004; 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, pgs. 151-205; 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, pgs. 543-625; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. Editorial Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA), Madrid: 1991; PASCUAL MEDRANO, Amelia. El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. "Sobre el derecho a la propia imagen", en Poder Judicial(1981) n. 10, 1988, pgs. 75-82; PLAZA Y JABAT, Soledad. "El derecho a la imagen, su naturaleza y forma de explotación. Breve referencia a su tratamiento tributario", en Crónica Tributaria, n.81, 1997, pgs. 87-100; ROVIRA SUEIRO, Maria E. La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. CEDECS Editorial: Barcelona, 1999; ROYO JARA, Jose. La protección del derecho a la propia imagen: actores y personas de notoriedad pública según la ley 5 de mayo de 1982. Editorial Colex: Madrid, 1987; RUIZ Y TOMÁS. Ensayo sobre el derecho a la propia imagen. Madrid: Reus, 1931, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "El Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Alemán", Boletín de información, Madrid, a.45n.1619, (05 de diciembre), 1991, pgs. 6124-6130; DE MESA GUTIERREZ, José Luis. "Los derechos al honor, la intimidad y a la propia imagen y las libertades de expresión e información" en Honor, Intimidad y Propia Imagen, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993; pgs..385-393, entre otros.

⁸⁰⁶ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3, y 99/1994, de 11 de abril, FJ 5.

es el derecho subjetivo patrimonial que tiene protección infraconstitucional; se trataría de la dimensión legal, supuestamente un derecho de propiedad intelectual más⁸⁰⁷.

Este 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 Constitucional.

De otro lado, el ámbito patrimonial se identifica con la facultad de explorar comercialmente la imagen concretada, con contornos estricta y evidentemente mercantiles, ratifica en la posibilidad de explotación económica de la propia imagen, pero la defensa de esa dimensión económica del derecho a la propia imagen, sólo tendrá acceso al Tribunal Supremo si se dan los presupuestos genéricos, no tiene consideración de amparo ante 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 en los extramuros de la protección constitucional del artículo 18.1, de la Constitución Española, aunque la tutela de la ley es invocable ante la jurisdicción ordinaria, incluido el Tribunal Supremo⁸⁰⁸

4.4. El derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña.

Una vez proclamada la Constitución Portuguesa⁸⁰⁹ y la Española, ambas de los años setenta del siglo pasado (1976 y 1978), nace la Constitución Brasileña de 1988. A partir del surgimiento de la jurisprudencia del derecho a la propia imagen, en estos países, surgieron las leyes civiles para regular y tutelar el uso de la imagen (algunas de modo genérico), con el fin

⁸⁰⁷ Comenta el jurista LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices – publicitarios. Vision Net: Madrid, 2005, pgs. 29-30.

⁸⁰⁸ Así lo ha señalado SCOUTO 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.

⁸⁰⁹ No obstante, antes de la proclamación de la Constitución de Portugal de 1976 (revisada en 1982), el Código Civil de 1966 ya preveía la protección legal al derecho legal al derecho a la propia imagen. Pero, se nivela tales normas en el Capítulo III, dedicado a la experiencia lusitana.

de dar validez al dispositivo constitucional. Así que, con el fin de suplir una carencia existente en el ordenamiento constitucional de Brasil, estableció la Constitución brasileña, 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.

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.

El derecho a la propia imagen se reguló de forma expresa y autónoma, siéndole dedicados tres incisos constitucionales distintos del artículo 5º (V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: “a” a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas).

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 assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”⁸¹⁰.

⁸¹⁰ BRASIL. Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988 (trad. y notas por Antonio López Díaz y Cesar García Novoa, Brasília, 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, pgs. 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.

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, la expresión “daño moral o 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 persona⁸¹¹. Si analizamos 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 efecto, excepto la ya comentada y rechazada propuesta de Torres⁸¹², de incluir a las personas jurídicas en la tutela de este bien de la personalidad, la opinión mayoritaria de los que se han dedicado a estudiar el derecho a la propia imagen coincide que el citado precepto constitucional protege la figura humana⁸¹³, se constituye en el derecho que “incide, sobre la conformación física de la persona⁸¹⁴”. También hay acuerdo, en la experiencia brasileña, en entender que se incluye en esta protección constitucional no únicamente la representación de las facciones de la persona, sino cualquiera de las partes del cuerpo humano, es decir, “fisionomia do sujeito, rosto, boca, partes do corpo, representação do aspecto visual da pessoa⁸¹⁵”.

⁸¹¹ Cf. BRASIL. O Processo Histórico da Elaboração do texto Constitucional – Assembléia Nacional Constituinte 1987-1988. Brasília, 1993. También se consultó la página web www.senado.gov.br.

⁸¹² Cuanto la denominación específica, veamos 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”.

⁸¹³ 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.

⁸¹⁴ La clasificación utilizada es una opinión de la muchas que se presentan, somos conscientes de que existen muchas otras, así, por ejemplo, desde el punto de vista filosófico- jurídicoBITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade... cit*, p 90.

⁸¹⁵ 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.

En este sentido, la opinión doctrinal⁸¹⁶ mayoritaria⁸¹⁷ admite que en el mismo está comprendida la imagen desde el punto de vista moral/negativo⁸¹⁸, como sostiene el jurista 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 para fins lucrativos (...) retratar uma pessoa sem que ela saiba ou contra a sua vontade é um ato ilícito, ofensivo ao direito à própria imagem”⁸¹⁹

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,

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

817 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, pgs.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, pgs. 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, pgs. 347-366, out./dez., 2004, (pág. 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, pgs. 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, pgs. 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, pgs. 143-162; D’ALVA, Milena FONT-GALLAND. “O direito à imagem e a liberdade de imprensa” in *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, v.6, n.21/22, pgs. 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, pgs.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, pgs. 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, págs. 451-463, Íd. *O direito a imagem: proteção jurídica e limites de violação 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, pgs.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, pgs. 79-106 y en sus comentarios al Código Civil Brasileño en FIUZA, Ricardo, et. All. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, pgs. 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, pgs.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, pgs. 107-124, nov./dez., 2003; RODRIGUES, Cláudia. “Direito autoral e direito de imagem” in: *Revista dos Tribunais*, v.93, n.827, pgs. 59-68, set., BBD, 2005; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. “Direito de arena” In: *Revista de direito privado*, v.6, n.22, pgs. 226- 240, abr./jun., 2005; TERREL, Joseph Robert. “O direito de arena e o con-trato de licença de uso de imagem” in *Revista do Direito Trabalhista*, v. 9, nº 11, pgs. 17-21, Nov. 2003.

⁸¹⁸ El jurista WALTER MORAES (“Como se há de entender o direito constitucional a própria imagem” in *Repertório IOB Jurisprudencia: Comercial, Civil e Outros*, n.5, gs.84-82, 1.quinz. 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 preceito do direito à imagem das pessoas, conquanto comporte disciplina ordinária para alcançar a extensão jurídica atingida pela doutrina e pelas leis estrangeir gozo e disposição da imagem pelo titular.”

⁸¹⁹ Quanto la denominación específica, veamos 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, pgs. 11-44

del artículo 5º, comprende tanto el aspecto negativo como el positivo, a diferencia del concepto de la propia imagen en España⁸²⁰. 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 que, consideramos que la acepción del derecho a la propia imagen del jurista Beltrao es la que sintetiza la opinión doctrinal de lo que significa la protección constitucional del inciso X, del artículo 5º, de la Constitución Federal de Brasil, es decir: “A imagem que se protege como “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 doctrina⁸²¹.

Ya, en el inciso XXVIII, a, del artículo 5º existe una tutela constitucional específica de la “imagen participativa”, o sea, se protege, en el seno de la vigente Constitución Federal de Brasil, la participación de la persona que a través de su imagen integra la “obra colectiva”.

⁸²⁰ Describe el escritor 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 da imagem, como publicação indevida de um retrato ou a utilização da imagem de alguém como sua, hipótese de usurpação da fisionomia

⁸²¹ Para estudiar el derecho de arena, vid: ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direito ao Espectáculo” in Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, nº 366, pgs 41-55, maio 1987; ASCENSÃO, José de Oliveira. “Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena” In: Jurisprudência brasileira, cível e comércio, nº 167, pgs. 37-42, 1992; ASCENSÃO, José de Oliveira. “Princípios constitucionais do direito de autor” In: Revista brasileira de direito constitucional, n.5, pgs. 429-442, 2005; ASCENSÃO, José de Oliveira. Direitos de Não-Atletas Participantes de Espectáculo Desportivo Público” In: Tabulae, v.16, n.13, pgs. 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, n.4, pgs. 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, pgs. 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, pgs. 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, pgs. 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, pgs. 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, pgs.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, pgs. 54-63, jan., 2003; PIMENTA, Eduardo S. “O direito de arena e a empresa de radiodifusão” in: Revista jurídica mineira, v. 9, n. 109, pgs. 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, pgs .13-18, set./out., 1978; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. “Direito de arena” In: Revista de direito privado, v.6, n.22, pgs. 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, pgs. 17-21, Nov. 2003.

Por ello, insistimos, nada aporta esta disposición al concepto constitucional del derecho a la propia imagen del inciso X, del mismo artículo. No obstante, la doctrina mayoritaria brasileña esta confluencia del criterio histórico del sistemático y del ideológico, señala que la concepción de la palabra ‘imagen del inciso V’ (derecho de respuesta) no puede ser la misma que la del ‘inciso X’.

Por lo tanto, la idea que defendemos en esta tesis es; que con base en la conexión con las reglas tradicionales de interpretación jurídica, han de ser adecuadas a las normas de rango constitucional, las cuales por la textura más abierta y abstracta, se imponen que se interprete con matices distintos, esto es, que se respete el principio de la unidad de la Constitución.

La hermenéutica que tenga en cuenta el principio del efecto integrador de la Constitución; en la valoración del principio de máxima efectividad de la norma constitucional; es decir, que se aplique el principio de corrección funcional; la preservación del principio de la fuerza normativa de la Constitución y la priorización del principio de interpretación conforme a la Constitución.

Por lo tanto, hay que concluir por todo ello que sólo será idónea, a mi modo de ver, la interpretación que se da a la palabra “imagen”, independientemente de su ubicación en la Constitución Brasileña de 1988, si se entiende el contenido del derecho a la propia imagen como la facultad de aprovechar o de excluir 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.

4.4.1. La imagen del inciso X, del artículo 5º de la Constitución Brasileña.

Así, es incontestable que la imagen que está inserta en el inciso X, del artículo 5º de la Constitución Brasileña, posee esa doble protección jurídica, como plantea el jurista Affonalli: “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”⁸²².

En Brasil, el caso precursor en el derecho a la propia imagen fue el de la Miss Brasil de 1922; la Reina de la Belleza, Zezé Leone, que tuvo a su imagen indebidamente captada para la producción de un filme. Relata Duval Hermano que, en sentencia pionera, el Juez de la 2ª Vara de la Capital Federal, Octávio Kelly, en 28 de mayo de 1922, comprende que el gran objetivo de la protección legal es el resguardo de la personalidad del retratado, extendió el núcleo de la protección a cinematografía, “cuando acogió el Interdicto Prohibitorio a favor de la Miss Brasil, Justo de Morais (Zezé Leone) contra un responsable del filme de actualidad, que captara su imagen en ángulos inconvenientes a su reputación de mujer”.⁸²³

El precursor legislativo en derecho brasileño de la protección del derecho a la propia imagen, mismo que de forma indirecta y vinculada al derecho del autor, fue el art. 666, X, del Código Civil Brasileño de 1916, que prescribió:

Art. 666/CC/1916: Nao se considera ofensa aos direitos do autor:

X – A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feitos pelo proprietario dos objetos encomendados: a pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se a reprodução ou publicação de retrato ou busto.

Con efecto, antes de la Constitución de 1988 no existía reglamento normativo en el Brasil que otorgaba protección jurídica de la imagen del ciudadano. La elevación de este derecho de la personalidad a nivel constitucional demuestra la importancia conferida al ordenamiento jurídico a tutela integral y plena de la persona.⁸²⁴

Además, acerca de la importancia de la imagen, Antonio Chaves alecciona:

⁸²² En esta línea discurre la interpretación de AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem...* cit., p. 37.

⁸²³ Véase en DUVAL, Hermano. *Filmagem e televisionamento de espetáculo público*. Revista dos Tribunais, v. 446, p. 52, dez. 1952.

⁸²⁴ A no ser de modo indirecto por la Ley de los Derechos de autor – Ley n.5.988/1973, o inicialmente por el art. 666, X del Código Civil derogado.

De entre los derechos de la personalidad, no existe otro tan humano, profundo y apasionante como el derecho a la propia imagen. (...) Llevamos a nuestra imagen durante toda la existencia, marca, timbre, reflejo indeleble de nuestra personalidad, con que nos caracteriza la naturaleza (...).⁸²⁵

El derecho a la propia imagen es por cierto una emanación de la personalidad del sujeto y merece protección efectiva del ordenamiento jurídico contra eventuales violaciones por el Estado o por particulares, bien sea como compensación monetaria si la lesión ya se infligió, o bien la cesación de la agresión o imposibilita su repetición.

El derecho a la propia imagen ganó nuevo impulso con la promulgación del Código Civil de 2002, que desarrolla en el art. 20 el reglamento constitucional de la materia. No obstante eso, como oportunidad será esclarecido, tal dispositivo legal condicionó la protección de la imagen a eventual lesión conjunta de la honra, o cuando tenga algún cuño económico, el que no está en consonancia con la orientación constitucional vigente.

A tenor de las alegaciones existentes, 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 mayoritaria⁸²⁶. Esta es la concepción casi unánime en la doctrina. El inciso XXVIII, “a”, del art. 5º, tutela constitucionalmente la “imagen participativa”, i.e., se protege la participación de

⁸²⁵ Cfr. CHAVES, Antonio. Direito à própria imagem. Revista Forense, Rio de Janeiro, Ano 68, v. 240, Fasc. 832-833-834, out./nov./dez. 1972, pág. 36.

⁸²⁶ Este trabajo se centra en el estudio del derecho a la propia imagen en el ámbito estrictamente constitucional, y por ello nos dedicamos 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 indicamos 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”.

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 nos permite debatir, con la profundidad que el tema merece, la protección del inciso V (derecho de respuesta): “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Entendemos que la imagen descrita en este polémico inciso tampoco innova el concepto del inciso X (inviolabilidad personal). Tanto es así que fue el jurista Cândido Mendes el ponente que expuso la importancia de la inserción del derecho de respuesta en el seno constitucional⁸²⁷.

4.4.2. La imagen del inciso V, del artículo 5º: el “derecho de respuesta”.

Una vez estudiado los dos preceptos que citan la palabra imagen⁸²⁸, es conveniente anotar; examinar ahora el inciso V, del artículo 5º, el primero inciso en el orden sistemático de la Constitución. Así que si consultamos los Diarios de la Asamblea Constituyente⁸²⁹, del día 17 de junio de 1987, se constata que en la fase A, del texto del anteproyecto del relator Darcy Pozza, de Rio Grande do Sul, en la subcomisión I – C de los Derechos y Garantías Individuales, se preveía en el inciso VI, del artículo 1º, en lo que dice que; “a dignidade da pessoa humana, a preservação de sua honra, reputação e imagem pública; é assegurado a todos; o direito de resposta a ofensas ou a informações incorretas; a divulgação far-se-á nas mesmas condições do agravo sofrido, acompanhada de retratação, sem prejuízo da indenização pelos danos causados”.

Entretanto, en la fase H, la redacción de esta disposición se cambió al “art. 3º, VI – A Honra, a Dignidade e a Reputação: a) É assegurado a todos o direito de resposta a ofensas

⁸²⁷ Actas de la Assembléa Nacional Constituinte del día 24-4-1987, pgs. 69-70 in: www.camara.gov.br

⁸²⁸ Los dos preceptos que citan la palabra imagen; significan la representación gráfica de las evocaciones y expresiones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona; es la primera genérica y la segunda específica.

⁸²⁹ www.camara.gov.br y www.senado.gov.br

ou a informações incorretas; b) a resposta far-se-á nas mesmas condições do agravo sofrido, acompanhada de retratação”. El desarrollo de este artículo siguió con varias propuestas de supresiones y adiciones, hasta la actual redacción, que parece haber surgido en la fase N, ya en la Comisión de la Sistematización, del día 7 de octubre de 1987, cambiándose la anterior estructura del inciso por el art. 6.9:” É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato e excluída a que incitar à violência ou defender a discriminação de qualquer natureza. É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem. Não serão toleradas a propaganda de guerra ou contra a ordem democrática, e as publicações e exhibições contrárias à moral e aos bons costumes”. Posteriormente, se intentó, por la enmienda del constituyente Valter Pereira, de Mato Grosso do Sul⁸³⁰, suprimir la palabra imagen de la redacción del inciso V, pero tal propuesta fue rechazada porque los constituyentes consideraron que no se alteraría de modo significativo el texto.

Otra enmienda que merece relevancia es la del día 3 de febrero de 1988⁸³¹, de los constituyentes Ailton Cordeiro (2P015181-6; en destaque 383), Mendes Ribeiro (2P00628-A) y Afif Domingos (2P02038), comentada por el presidente de la Asamblea, Ulysses Guimarães. Tras leer la redacción: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, el Sr. Ulysses Guimarães, afirma: “É muito importante para os políticos; a indenização, evidentemente, em dinheiro, após referir-se ao dano ao honor, a moral e à imagem”.

El daño a este tipo de imagen que el constituyente quiso establecer, ofrecía protección al ciudadano, no es más que una especie de daño moral, el iter constituyente al citar “dano material, moral ou à imagem” no ha creado una nueva forma de indemnización, porque este tipo de daño está inserto en el daño moral⁸³².

⁸³⁰ Enmienda: 26977, en la fase O del anteproyecto de la Constitución.

⁸³¹ Diário da Assembléia Constituinte, quarta-feira, 03-02-1988, p. 6825.

⁸³² 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 Como consecuencia lógica de esa afirmación: GÓMEZ POMAR, Fernando. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°. 1, 2000. Una notable y 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*, en otras palabras, hay posibilidad del resarcimiento propiamente dicho, integral. En el daño patrimonial se busca la reposición en especie o en dinero por el valor equivalente, encaminada a indemnizar plenamente al ofendido, para reconducir su patrimonio al estado en que se encontraría si no hubiera ocurrido el daño; con la reposición del equivalente

En definitiva, hay que admitir que toda esta conjugación de intenciones: la previsión constitucional del derecho de respuesta; el establecimiento de la indemnización para los casos diferentes del ejercicio de este derecho; y la disociación de los bienes de la personalidad honor y propia imagen; dio lugar a la confusa y polémica redacción del inciso V: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

El precedente legislativo que dio forma al inciso V (derecho de respuesta) fue el artículo 29, de la Lei nº 5.250, de 9 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 o direito a resposta ou retificação”. Pienso que con el inciso V (derecho de respuesta) se pretendió garantizar, de modo elocuente, el derecho de rectificación⁸³³, se aseguró también la indemnización del daño a la propia imagen, donde se dió a éste un papel relevante⁸³⁴.

Sin embargo, el *iter constituyente* al citar “dano à imagem” no ha creado una nueva forma de indemnización, porque este daño está inserto en el daño moral⁸³⁵. Si bien mi análisis

pecuniario, se tiene el resarcimiento del daño patrimonial. La existencia del daño moral ha estado vinculada a la teoría de los derechos de la personalidad. Unido a lo anterior, veamos en: 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, Nº. 8, 2004, pgs. 111 -146, se refiere justamente este tipo de indemnización a una vulneración a los derechos propios de la personalidad humana. Clasifica el jurista 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, como sostiene CAHALI, los casos de daños morales enunciados en los textos legales, indicados en la doctrina o examinados por la jurisprudencia, 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 violada. 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. Conviene traer la colación la concepción de daño moral en: CAHALI, Dano moral... cit., pgs. 56-57.

⁸³³ Cfr. 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, págs. 187-206; CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “Sobre el derecho de rectificación” en Poder Judicial, Nº 6, 1987, pgs. 71-82.

⁸³⁴ 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 realidad, no se configura materialmente como un derecho fundamental, sino como una garantía constitucional para la eficacia de otros derechos e intereses legítimos

⁸³⁵ Según REALE, la doctrina francesa consagró la expresión *dommage moral*, la cual fue adoptada en Brasil. Unido a lo anterior, véamos en: REALE, Miguel. “O Dano moral no Direito Brasileiro” in: Temas de Direito

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 esta teoría en esta 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, se entrelazan 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, 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

Positivo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, pgs. 20 y ss., 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. Conviene traer a colación la concepción de daños morales en: GÓMEZ POMAR, Fernando. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º. 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, se refiere justamente este tipo de indemnización a una vulneración de los derechos propios de la personalidad humana. Unido a lo anterior: 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.º. 8, 2004, pgs. 111-146. 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.

personalidad del individuo, él o ella, 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.

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 constitucional⁸³⁶. 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”⁸³⁷ Excepto la ya comentada y rechazada propuesta de incluir a las personas jurídicas en la tutela de este bien de la personalidad⁸³⁸, la opinión mayoritaria coincide en que el citado bien constitucional protege la figura humana⁸³⁹, se constituye en el derecho que

⁸³⁶ Cfr. BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005, pg. 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.

⁸³⁷ La clasificación utilizada es una opinión de la muchas que se presentan, somos conscientes de que existen muchas otras, así, por ejemplo, desde el punto de vista filosófico- jurídico BARROSO, Luís Roberto. “Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa” in *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Ano 4, vol. 16, outubro a dezembro de 2003, pgs. 59-10

⁸³⁸ TORRES, Patrícia de Almeida de. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Ltr, 1998, pág. 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”.

⁸³⁹ 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

“incide, pois, sobre a conformação física da pessoa”⁸⁴⁰. También hay acuerdo en entender que se incluye en esta protección constitucional no sólo la representación de las facciones de la persona⁸⁴¹, 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”⁸⁴².

En resumen, en nuestra 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 de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona.

De lo expuesto, se concluye que el Derecho brasileño, sea en el ámbito legal o en el jurisprudencial, no tiene aún clarificado el concepto de qué sea el derecho constitucional a la propia imagen. No hay una ley específica, ni una jurisprudencia constitucional que otorguen madurez jurídica al tema.

No obstante la importancia del derecho a la propia imagen, hace falta una política legislativa eficaz, que se ocupe de sentar las bases teórico-prácticas de este “nuevo” derecho. Creo que es un campo todavía poco debatido y que tendrá su desarrollo técnico-jurídico con las interpretaciones de la doctrina.

4.5. Las legislaciones portuguesa, española y brasileña.

Una vez estudiado el derecho a la propia imagen en el seno de las vigentes Constituciones portuguesa, española y brasileña ahora examinaremos algunas leyes que lo desarrollan en el contexto jurídico-positivo portugués, español y brasileño. En efecto, lo que

⁸⁴⁰ En esta línea BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 90.

⁸⁴¹ Para citar tres por todos, MORAES, Walter. “Direito à própria imagem (I)... cit., pág. 64; BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. Direito à ...cit, p. 24; BONJARDIM, Estela Cristina. O acusado...cit., p. 35

⁸⁴² Em este sentido BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.

intento aquí es indicar y examinar las principales normas en las cuales ese derecho, de cierta forma, tiene protagonismo, para, al fin y al cabo, completar la concepción constitucional que acabo de plantear.

4.5.1. La protección civil portuguesa del derecho a la propia imagen.

Traz estudiar la historia constitucional portuguesa, resaltemos que en Portugal, antes de la existencia de la Constitución, casi todo el Derecho surgía de las ordenanzas y de los edictos reales que fueron recopilados, en particular, en 1446 y 1603⁸⁴³.

Entretanto, resaltemos que fue a través del Código Civil portugués de 1867, que surgió la protección de los derechos de personalidad, dentro de los cuales el derecho a la propia imagen es parte integrante. Promulgado el 1º de Julio de 1868, el proyecto del Código Civil, presentado por el profesor António Luiz de Seabra, influenciado por el Código Napoleón y absorbió el influjo de los principios iusnaturalistas del texto civil austriaco de 1816. Dicha norma fue considerada el punto de partida para la ordenación legislativa de las medidas de protección de la personalidad humana en el ámbito privado portugués. Incluía disposiciones sobre el derecho a la existencia, a la libertad, a la asociación, a la propiedad y a la defensa⁸⁴⁴. Tal ley civil, consagró la desaparición jurídica de la propiedad pre-capitalista y su transformación de jure en propiedad plena, capitalista. Se completaba, en esencia, el momento jurídico que liquidaba definitivamente el Antiguo Régimen y legitimaba el nuevo orden burgués.

Enfatizamos que del artículo 359 al 368, el Código estableció cuales serían los derechos que resultan de la propia naturaleza de la persona, y que la ley reconocía y protegía como fuente y origen de todos los demás. Como aduce el jurista Cordeiro, fue este primer Código Civil un importante instrumento de evolución legislativo-civil en materia de derechos de la personalidad, el desarrollo dado al tema no consta en los códigos civiles de esta 1ª generación, que lo precedieron. Dicha ley revela una explícita congruencia con los influjos

⁸⁴³ En las ordenanzas se encuentran penas para los que matan o hieren, penas para los autores y divulgadores de cartas difamatorias, penas para los “mexeriqueiros” (quienes atentaban contra la intimidad de la vida privada).

⁸⁴⁴ “Art. 359. Dizem-se direitos originários os que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece e protege como fonte e origem de todos os outros. Estes direitos são: o direito de existência, o direito de liberdade, o direito de associação, o direito de apropriação, o direito de defesa”

constitucionales de los “derechos del hombre”, del pensamiento filosófico abstracto jurracionalista y de la tradición escolástica naturalista⁸⁴⁵.

No obstante, sólo el actual Código Civil Portugués, instituido por el Decreto Lei nº 47344, de 25 de noviembre de 1966 y que entró en vigor en julio de 1967, trató el derecho a propia la imagen de forma expresa, en el art. 79 (incisos I a III), como parte del conjunto de los derechos de la personalidad. Sobre estos derechos, es necesario señalar el debate que hubo en la primera mitad del siglo XX: autores como Cabral de Moncada, Guilherme Moreira, José Tavares apoyaron la tesis negativa, mientras que Pires de Lima/Antunes Varela, Cunha Gonçalves, Manuel de Andrade, Paulo Cunha defendían la inserción legislativa de los derechos de la personalidad, tesis ésta que prevaleció en el Código de 1967. Su origen puede ser atribuido al anteproyecto de Manuel de Andrade, pero fue también elaborado por juristas afamados y entre ellos Vaz Serra y Pires de Lima. En general, siguió el plan del Código Civil alemán, pero se suele indicar que la parte referente a los derechos de la personalidad tuvo como fuente el Código Civil Italiano de 1942.

Así que afirma la jurista Janice Helena Ferrari que se consideró un avance político el Código Civil portugués en tal materia, el reconocimiento de los derechos de la personalidad, de forma expresa, vino a corroborar las iniciativas internacionales (ONU) que buscaban tutelar dichos derechos frente al progreso de la ciencia y la tecnología⁸⁴⁶. En el libro I, Título 2º, “Das relações jurídicas”, Secção II, se regulan los derechos de la personalidad. Es de especial relevancia el artículo 70 que, según la doctrina portuguesa, define la “tutela general de la personalidad”⁸⁴⁷ en el apartado 1⁸⁴⁸. Junto a esa “cláusula general de la personalidad”, la

⁸⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes. “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa” em Revista da Ordem dos Advogados, 2001, vol. 61, T. III (2001), pgs. 1233-1238.

⁸⁴⁶ Defiendi FERRARI, Janice Helena. “Direito à própria imagem”. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. RT, Ano 1, n. 4, julho-setembro de 1993, p. 145.

⁸⁴⁷ Cfr. REBELO (Maria da Glória Carvalho. A responsabilidade civil...cit., p. 45-46) alerta que el jurista Capelo de Souza defiende la vigencia de un derecho general de personalidad, inserto en el art. 70, constituye un derecho subjetivo público y privado, absoluto, que tiene por objeto la propia personalidad del titular. Tal derecho sería definido como el real y el potencial físico y espiritual de cada ser humano en concreto, es decir, el conjunto autónomo, unificado, dinámico y evolutivo de los bienes integrantes de la materialidad física y del espíritu, socio-ambientalmente integrados. Coexistiría el derecho general de personalidad con los varios derechos especiales de la personalidad, individualmente previsto en la ley. El profesor Oliveira Ascensao mantiene una posición contraria, afirma que el concepto de derecho general de personalidad proviene de una creación de la doctrina alemana, cuya existencia se justifica por la no previsión en este ordenamiento de un precepto como el art. 70, del Código Civil portugués. De otro lado, Pais de Vasconcelos critica la construcción del derecho general de personalidad como un derecho subjetivo general. Plantea que no obstante su concepción sea técnico-jurídicamente imposible, reduce la tutela general de la personalidad, tal tutela, por situarse en un nivel superior al de la propia norma jurídica, tiene un ámbito más amplio que un típico derecho subjetivo.

⁸⁴⁸ “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

mencionada ley establece algunos derechos de la personalidad específicos, dentro de los cuales consta el derecho a la propia imagen⁸⁴⁹. El cometido del Código Civil, como antes se ha visto, sirvió, incluso, de ejemplo para que la jurisprudencia constitucional delimitase el ámbito material del derecho a la propia imagen⁸⁵⁰. Por ello, se ha de estimar que no hay una diferencia significativa entre la concepción constitucional y la civil del derecho en estudio. En otras palabras: me inclino a afirmar que el concepto jurídico-civil portugués coincide con el concepto constitucional del derecho a la propia imagen.

En este sentido, el “Artigo 79º - Direito à imagem, del vigente Código Civil de Portugal, dispone que:

1. O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no nº 2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada.
2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.
3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”.

Para seguir con el examen del texto, se constata que el legislador civil portugués también ha estimado oportuno establecer el criterio *ratione loci*, cuando regula que tampoco será necesario el consentimiento del titular de la imagen “quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente”. Esta parte del texto ha recibido algunas críticas de la doctrina portuguesa. Lo que se indica como fallo en esta redacción es que se confina la protección del derecho a la propia imagen a contextos y límites del derecho a la intimidad de la vida privada⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Comenta Neto (Abílio. Código Civil Anotado. Ediforum Edições Jurídicas, 14ª ed.: Lisboa, 2004, p.57) que el apartado 2 incluye una prevención cautelar: “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”. Se percibe que el texto concede un amparo preventivo frente a las amenazas de violación, sin precisar cuáles serían los instrumentos que puede requerir el ofendido.

⁸⁵⁰ AcTC Português N.º 6/84, Processo nº 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.

⁸⁵¹ SÁ, Domingo Silva Carvalho de. “O Direito à imagem”...cit., p. 109, ANDRADE, Manuel da Costa. Liberdade de imprensa...cit., p. 145.

Si analizamos literalmente el texto del aludido apartado, pueden separarse tres supuestos de restricción a la imagen de una persona, que a nuestro juicio, se pueden resumir en dos. La primera sería cuando se reproduzca una imagen en que el titular esté en un lugar público. El mismo razonamiento se aplica al final de la frase del apartado, cuando admite la licitud de la hipótesis en que se utilice la imagen cuando los hechos hayan ocurrido públicamente. Tienen estas dos partes del texto un mensaje común: si la persona está en locales considerados públicos o en que haya publicidad, es lícito que se le capten, publiquen y divulguen su imagen. No sería coherente entrar en colisión con nuestra anterior opinión de que la individualidad de la persona debe ser asegurada independiente del lugar en que ella esté. Por ello, en este punto, estimamos la procedencia de la citada crítica doctrinal y, *data venia*, la inadecuación de esta previsión legal.

El segundo permiso dado por el mencionado artículo sería que se utilizase la imagen de alguien cuando está relacionada con hechos que reclamen un interés público. Esta posibilidad está en consonancia con lo que he planteado sobre el criterio material de limitación del derecho a la propia imagen, pues cuando un hecho se revele de interés público, es decir, cuando realmente se haga indispensable que se use la imagen de alguien para resolver alguna necesidad imperante para la colectividad, lógicamente se justifica la imposición de una legítima restricción al derecho individual.

Desde este punto de vista, en nuestra opinión, habría sido más coherente que el legislador lusitano si hubiera optado por establecer sólo esta previsión. Conviene, además, comentar el Capítulo IV de la referida ley, el cual dispone sobre la Comissão Nacional de Protecção de Dados⁸⁵² (CNPD). Será muy importante esta comisión para la protección de la

⁸⁵² La Comisión inició su primer mandato el 7 de enero de 1994. Su denominación era Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados - CNPDPI. La primera ley de protección de datos fue la Ley 10/91, de 29 de Abril, la cual regulaba la utilización y el control de los datos personales y que preveía la creación de la CNPDPI. La ley sufrió algunas alteraciones con la Ley 28/94 de 29 de Agosto, que aprobó medidas de refuerzo a la protección de datos personales. En 1995, se publicó la Directiva 95/46/CE del Parlamento, de 24 de Octubre de 1995, referente a la protección de datos personales y que impone a los Estados-Miembros un plazo de tres años para su transposición al derecho nacional. En 1998, se promulga la nueva la Ley 67/98 de 26 de Octubre, que transpone la Directiva 95/46/CE y que aumentar substancialmente las atribuciones y competencias de la Comisión, que pasa desde entonces a designarse CNPD - Comissão Nacional de Protecção de Dados. También en 1998, la Ley 69/98 de 28 de Octubre, regula la protección de datos personales y la defensa de la privacidad en el sector de las telecomunicaciones, se transpone la Directiva 97/66/CE y que también atribuye más competencias a la CNPD. En 2004, se derogó la Ley 69/98, con la publicación de la Ley 41/2004, de 18 de Agosto, que regula la protección de datos personales en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, que transpone la Directiva 2002/58/CE. Se publica una legislación complementaria, que da más atribuciones a la Comissão como autoridad nacional de control en materias de protección de datos personales relativas a la Schengen (Lei 2/94 de 19 de Febrero) y a la Europol (Ley 68/98, de 26 de Octubre).

propia imagen entendida como información personal, este órgano administrativo tiene la atribución de controlar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales que se refieren a la protección de datos personales, con riguroso respeto de los derechos humanos y de las libertades y garantías consagradas en la Constitución y en la ley⁸⁵³.

La CNPD posee la potestad, entre otras, de autorizar o registrar, según los casos, los tratamientos de datos personales; la inter conexión de tratamientos automatizados de datos personales; la transferencia de datos personales; fijar el tiempo de la conservación de los datos personales en función del tratamiento para efectos de marketing directo o cualquiera otra forma de prospección, o de ser informado, antes de los datos personales serán comunicados por la primera vez a terceros para fines de marketing directo o utilizados por terceros, y de le ser expresamente facultado el derecho de oponerse, sin gastos, a tales comunicaciones o utilidades consentan o que haya una autorización judicial para tal acto. Veda, igualmente, la captación de imágenes y sonidos en los locales cuando esa captación afecte, de forma directa e inmediata, la intimidad de las personas, o resulte en la grabación de conversaciones privadas. Indica que las imágenes y sonidos accidentalmente obtenidos deben ser destruidos de inmediato por el responsable del sistema.

La protección penal del derecho a la propia imagen Por su esencia, cuando se interpreta la tutela penal, no es adecuada tener el mismo punto de partida que la norma civil. La norma penal ha de ser necesariamente positivada, para surtir una pretendida eficacia, esto es, prevista legalmente y, además, para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita con anterioridad a la realización de esa conducta, y el castigo impuesto debe estar especificado también de manera previa por la ley. Estos dos requisitos representan los principios de legalidad y de anterioridad de la norma penal. El principio de legalidad penal es, entonces, un límite a la potestad punitiva del estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos. El principio de anterioridad indica que sólo habrá punibilidad si existe una ley anterior a la comisión del delito. De hecho, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos, el derecho a la propia imagen, como bien jurídico autónomo, no merece protección penal, únicamente civil⁸⁵⁴. Normalmente se

⁸⁵³ Véase en el Art. 22º... la redacción del artículo, con acierto y prudencia, impone que el juez examine la licitud de la obtención de este tipo de pruebas, se configura, un instrumento más de garantía para que el titular pueda protegerse contra la obtención ilícita de su propia imagen.

⁸⁵⁴ SA, Domingo Silva Carvalho de. "O Direito à imagem"...cit., p. 108.

suele insertar en la protección que se confiere a la intimidad. Sin embargo, actualmente, en el ámbito penal portugués, algunas leyes regulan la protección de la imagen de la persona. Entre estas, nos centraremos en las que estimamos son las principales.

4.5.1.1. El Código Penal portugués.

Nunca una reforma penal ha sido tan ampliamente discutida y debatida en la sociedad portuguesa como la de 1995, principalmente con relación al cuantitativo de las penas y sus repercusiones en el ámbito de la política criminal. Los principales avances se refieren a la materia de la tipología de las reacciones criminales, a los criterios de elección y de medida de la pena, a las penas de sustitución y de las medidas de seguridad y sobre las que el Código Penal de 1982 se revelaba más carente, dado el enorme desfase entre sus intenciones político-criminales y las realidades de su aplicación cotidiana. La reforma de 1995 del Código Penal Portugués confirió autonomía típica al derecho a la propia imagen y al derecho a la palabra, los cuales, como se ha visto, son afrontados, tanto por la ley como por la doctrina lusitanas, como derechos que poseen una misma raíz. Antes integrados en delitos que defendían la intimidad de la vida privada, insertos en el capítulo “Dos crimes contra a reserva da vida privada”, figuran ahora en el Capítulo VIII, “Dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais”. Prescribe el artículo 199, del mencionado Código que:

“Artigo 199º - Gravações e fotografias ilícitas

1 - Quem sem consentimento:

- a) Gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas; ou
- b) Utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que licitamente produzidas; é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

2 - Na mesma pena incorre quem, contra vontade:

- a) Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou
- b) Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que licitamente obtidos

3 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 197º e 198º”.

Ahora bien, la primera observación que se ha de comentar es la distinción que hizo el Código Penal en la protección de los bienes palabra e imagen. Prohíbe el texto que sin consentimiento no se podrá grabar las palabras proferidas por una persona y no destinadas al

público. De otro lado, la redacción dedicada a la tutela de la imagen humana dice, expresamente, que se penalizará si es fotografiada o filmada contra la voluntad de la persona. De hecho, esta diferencia de trato tuvo reflejos en la doctrina lusa que ve, en este caso, una tutela más circunscrita del derecho a la propia imagen que la ofrecida al derecho a la palabra⁸⁵⁵. Ambos derechos, aducen el jurista Carvalho Cardoso y Figueiredo, tienen la misma dignidad constitucional. Sin embargo, el derecho a la propia imagen goza de una tutela más restringida de la que tiene el derecho a la palabra, debido a la mayor exposición de esa, que obliga a admitir una intervención más extensa de las causas de justificación⁸⁵⁶. La grabación de la palabra será ilícita si es obtenida sin consentimiento; mientras que la fotografía de una persona lo será en tanto cuanto esté producida en contra de la voluntad de su titular, aunque baste con la voluntad presumida⁸⁵⁷. En efecto, la redacción legal no considera ilícito el mero acto de fotografiar alguien sin su consentimiento, sino que, en el momento de la captación de la imagen, ha de haber existido claramente una oposición por parte de la persona fotografiada. Se confiere licitud penal, de este modo, a todas las fotografías sobre las cuales el titular ni siquiera tenga consciencia de su existencia⁸⁵⁸.

Es innegable admitir que no sin razón la doctrina portuguesa asume tal postura crítica. La expresión contra la voluntad aumenta significativamente las exigencias para la conformación de la figura típica penal y, por consiguiente, reduce el universo de las conductas posiblemente punibles. Aunque se diga que basta la presunción de la voluntad, sólo este esfuerzo de interpretación que la ley abre, que es intentar presumir la voluntad, ya ofrece menos protección que si hubiera optado por mantener la expresión sin consentimiento. Igualmente, hay un consenso doctrinal en afirmar que la imagen en el ámbito penal sólo está protegida contra los procesos técnicos de captación, es decir, no hay previsión sobre la ilicitud de la pintura, del dibujo, de la caricatura, etc⁸⁵⁹. En estos supuestos, tendrá efecto únicamente la tutela civil⁸⁶⁰.

⁸⁵⁵ En esta línea CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito...cit.*, p. 221; CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada...cit.*, p.310; ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...cit.*, p.145; TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem” ...cit., p. 408.

⁸⁵⁶ Conforme CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito...cit.*, p.221.

⁸⁵⁷ Según CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada...cit.*, p.310.

⁸⁵⁸ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem” em...cit., p. 408.

⁸⁵⁹ Cfr. SÁ, Domingo Silva Carvalho de. “O Direito à imagem”...cit., p. 109.

⁸⁶⁰ Así puede consultarse en MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...cit.*, p.759.

Aunque exista una conexión hermenéutica, sistémica y normativa establecida entre la Constitución, el Código Civil y el Código Penal, es oportuno recordar el principio de que no se interpreta la ley penal de forma abierta o extensiva. Hay quien comenta que tanto la exclusión de ilicitud en la ley civil portuguesa (art. 79, 2, CC) imagen encuadrada en lugares públicos o hechos de interés público, como también la reducción de la tutela penal, en términos homólogos, acaban por circunscribir la tutela de la imagen a contextos y límites de la esfera privada⁸⁶¹. Quizás este entendimiento sea reforzado por la penalización impuesta en el apartado 1, “b” del art. 192 del Código Penal (devassa da vida privada):

“Artigo 192.º Devassa da vida privada

Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual:

- a) Interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio electrónico ou facturação detalhada;
- b) Captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objectos ou espaços íntimo;
- c) Observar ou escutar às ocultas pessoas que se encontrem em lugar privado; ou
- d) Divulgar factos relativos à vida privada ou a doença grave de outra pessoa; é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias

2. O facto previsto na alínea d) do número anterior não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante”.

Como se evidencia, tal precepto estima que será punible la conducta de quien, sin el consentimiento y con la intención de invadir la vida privada de las personas, principalmente, la intimidad de la vida familiar o sexual, capte, fotografíe, filme, registre o divulgue la imagen de las personas u objetos y espacios íntimos. En este sentido, formaliza este artículo del Código Penal la posibilidad de que la imagen sirva de instrumento para atacar el derecho a la intimidad. Sin embargo, data venia, no podemos coincidir con tal opinión. Lo que está en cuestión es la interpretación que se da a la legislación portuguesa, tanto la penal como la civil. Pensar que las indicadas imperfecciones legales llevan a una comunión entre el derecho a la propia imagen y la tutela de la intimidad sería preferir el criterio *ratione loci* el criterio *ratione materiae*. En primer lugar, se ha de tener en cuenta la citada división y autonomía dada por el Código Penal. El delito del art. 192.1, “b” se refiere al uso de la imagen como instrumento de ataque al bien intimidad. Pero, como se ha visto, la imagen puede adquirir

⁸⁶¹ Describi ANDRADE, Manuel da Costa. Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal...cit., p.145; SÁ, Domingo Silva Carvalho de. “O Direito à imagem”...cit., p. 109.

varias formas de ofensa a otros bienes⁸⁶². Además, eso no quiere decir que la imagen siempre se restrinja a ser sólo un derecho-medio y que no se considere nunca como un derecho-fin. Por ello, es imprescindible examinar tal precepto en la forma en la que el texto quiere transmitir la inserción de la imagen en el seno del derecho a la intimidad, es decir, como potencial medio de lesión a tal bien jurídico de la vida privada, pero que este bien jurídico no se circunscribe exclusivamente a tal tarea. Por su parte, el texto penal del art. 199º no se refiere al local, público o privado, donde el infractor hace la fotografía o el filme, prohíbe, en efecto, dicho acto “mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado”. Se puede aplicar aquí el supuesto de vinculación entre la razón sustantiva de la captación de la fotografía (o del filme) y la finalidad y el destino que se da a la proyección de la imagen humana. El texto del mencionado artículo restringe, seguramente, el alcance de la punibilidad, pero no incluye la imagen en el bien de jurídico de la intimidad.

4.5.2. La protección civil española del derecho a la propia imagen.

La protección jurisdiccional civil española está regulada materialmente en la Ley Organica 1/1982 y procedimentalmente en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de juicio Civil y en el caso de los menores de edad rige, además, la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor.

⁸⁶² Artigo 88.º Meios de comunicação social 1 - É permitida aos órgãos de comunicação social, dentro dos limites da lei, a narração circunstanciada do teor de actos processuais que se não encontrem cobertos por segredo de justiça ou a cujo decurso for permitida a assistência do público em geral. 2 - Não é, porém, autorizada, sob pena de desobediência simples: a) A reprodução de peças processuais ou de documentos incorporados no processo, até à sentença de 1.ª instância, salvo se tiverem sido obtidos mediante certidão solicitada com menção do fim a que se destina, ou se para tal tiver havido autorização expressa da autoridade judiciária que presidir à fase do processo no momento da publicação; b) A transmissão ou registo de imagens ou de tomadas de som relativas à prática de qualquer acto processual, nomeadamente da audiência, salvo se a autoridade judiciária referida na alínea anterior, por despacho, a autorizar; não pode, porém, ser autorizada a transmissão ou registo de imagens ou tomada de som relativas a pessoa que a tal se opuser; c) A publicação, por qualquer meio, da identidade de vítimas de crimes de tráfico de pessoas, contra a liberdade e autodeterminação sexual, a honra ou a reserva da vida privada, excepto se a vítima consentir expressamente na revelação da sua identidade ou se o crime for praticado através de órgão de comunicação social. 3 - Até à decisão sobre a publicidade da audiência não é ainda autorizada, sob pena de desobediência simples, a narração de actos processuais anteriores àquela quando o juiz, oficiosamente ou a requerimento, a tiver proibido com fundamento nos factos ou circunstâncias referidos no n.º 2 do artigo anterior. 4 - Não é permitida, sob pena de desobediência simples, a publicação, por qualquer meio, de conversações ou comunicações interceptadas no âmbito de um processo, salvo se não estiverem sujeitas a segredo de justiça e os intervenientes expressamente consentirem na publicação

En cuanto a la LO 1/1982, la misma, como primera diligencia, declara el carácter (casi) irrenunciable, inalienable e imprescriptible de los derechos al honor, a la intimidad personal y familia y a la propia imagen.

En segundo lugar precisa y acota el ámbito de la protección que les proporciona, que se encuentra delimitado por las leyes y por los usos sociales que atende al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia.

El legislador orgánico estimó razonable, admitir que, además de la delimitación que pudiera resultar de las leyes, la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la propia imagen quedará determinada por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De tal forma que la esfera de protección de estos derechos debe ser determinada en cada caso concreto, siempre por el juez, en función de datos variables según los tiempos y las personas.

Por otra parte el legislador orgánico ya precisó que estos derechos no pueden considerarse absolutamente ilimitados, admitiendo que los imperativos del interés público pueden hacer que por Ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas.

Tampoco tendrán esta consideración las consentidas por el propio interesado, posibilidad ésta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran.

Por otro lado, es oportuno resaltar que la inserción de la palabra “imagen” con 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 el jurista 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

expresión⁸⁶³. 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 manera⁸⁶⁴.

Evidentemente, se partimos del reconocimiento del derecho en el art. 18 CE, la primera de las normas que ha de tenerse en cuenta no es otra más que la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen. Una ley que, interpretada conforme a lo que resulte de la doctrina del Tribunal Constitucional y según lo que establezcan los Convenios Internacionales en la materia de los que España sea parte del art. 10 CE, no constituye, por sí sola, el único referente jurídico para la protección del derecho analizado.

Así, en principio, porque, en el ámbito penal, hay que tener en cuenta el art. 197 CP, incluido en el Título X, bajo la rúbrica “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, aún cuando parece que, pese a dicha rubrica, la propia imagen no es un bien jurídicamente protegido de forma individual, sino en la medida en que aparece como uno de los medios altamente cualificados para la vulneración de la intimidad; delitos de descubrimiento y revelación de secretos.

Por otra parte, tampoco puede dejar de advertir de todo un conjunto de normas referentes tanto a la protección del derecho; así, la relativa a la protección y el tratamiento de datos personales, cuanto la norma de los cauces procesales aptos para su defensa, ámbito en el que son especialmente relevantes la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento procesal, en cuanto a las medidas cautelares dispuestas en el art. 9.2º LO 1/1992, y la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

⁸⁶³ 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; LOPÉZ 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, 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 que lo englobaban en 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.

⁸⁶⁴ Así puede consultarse en HERRERO-TEJEDOR, F. Honor, intimidad ... cit., pgs. 49 y ss

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 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 humana⁸⁶⁵. Así, 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 ajena a injerencias externas⁸⁶⁶”.

En esta línea de razonamiento, conviene referirse a las palabras del jurista Urías, que aclara que el bien protegido (constitucional) no es, desde luego, la capacidad de enriquecimiento, sino la dignidad de la persona⁸⁶⁷. 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 esto lo prohíbe la Constitución. Como conclusión, el jurista 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

⁸⁶⁵ STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 13

⁸⁶⁶ Doctrina que sigue en la STC 156/2001, de 2 de julio FJ6 y STC 83/2002, de 22 de abril, FJ4

⁸⁶⁷ En tal sentido *vid.* URÍAS MARTÍNEZ, J. P. Lecciones de derecho a la información, p. 146 y ss

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 infraconstitucional⁸⁶⁸.

El artículo 18.1. de la CE limita la protección extraordinaria al núcleo fundamental de expresiones reservadas de una persona y tal protección se establece para que las concretas manifestaciones empleadas no comprometan valores fundamentales de la personalidad del efigiado⁸⁶⁹. 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, como afirma el jurista Pérez Royo, la propia imagen es un derecho de la personalidad, la explotación económica de la propia imagen no lo es⁸⁷⁰.

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, con ello se está interfiriendo en el ámbito de libre determinación individual amparado por el mismo. El hecho

⁸⁶⁸ Así puede consultarse en PASCUAL MEDRANO, A. El derecho fundamental a la propia imagen... cit., pgs. 81-82

⁸⁶⁹ Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de 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., pgs. 105-106.

⁸⁷⁰ A este respecto, PÉREZ ROYO, J. Curso de Derecho Constitucional (rev. Manuel Carrasco Durán). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005, p. 386

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 patrimonial⁸⁷¹.

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)⁸⁷². Se tendrá, en estos casos, 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 nuestra opinión, la imagen siempre estará conectada a la individualidad de la persona. 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 personalidad⁸⁷³.

Esta posición ya fue expresada 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 de negocios 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”⁸⁷⁴.

Al analizar tales supuestos, ha de prevalecer, una concepción ecléctica o finalista, como defiende el jurista García Garnica, para delimitar la distinción entre la vertiente moral y la patrimonial del contenido del derecho a la propia imagen, se considera, con carácter

⁸⁷¹ Resalta el autor PASCUAL MEDRANO, A. El derecho fundamental a la propia imagen... cit., pgs. 81-82

⁸⁷² La justificación para esta circunstancia explica el jurista PARDO FALCÓN, Javier. “La dimensión patrimonial... cit., pgs. 347-375

⁸⁷³ 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, pgs. 349-374) que “si bien su dimensión patrimonial ha de modular el régimen aplicable, admite su disposición, también hay que tener presente el estado latente del derecho de la personalidad que debe poder aflorar cuando su titular lo estime.

⁸⁷⁴ 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.

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 patrimonial⁸⁷⁵.

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, 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 Española⁸⁷⁶, y esta orientación constitucional se plasmó en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el art. 2.1. b)⁸⁷⁷. 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 el jurista 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, difícilmente puede adjetivarse de patrimonial un acto

⁸⁷⁵ A este respecto, 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, pgs. 1867-1884

⁸⁷⁶ 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 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”

⁸⁷⁷ “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 públicas relacionadas en el artículo 53.2 de la Constitución”

en el que la utilización de la imagen no se vincula en absoluto al valor económico que pudiera tener⁸⁷⁸.

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, reservado el primer de ellos para aquéllos carentes de contenido económico o patrimonial. Por lo tanto, 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 Constitucional⁸⁷⁹.

De otro lado, el ámbito patrimonial se identifica con la facultad de explotar comercialmente la imagen concreta, con contornos estricta y evidentemente mercantiles, confirmada 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, no está protegida por el recurso de amparo ante 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 en los extramuros de la protección constitucional del artículo 18.1 de la CE, si bien la protección por la ley es alegable ante la jurisdicción ordinaria, incluido el Tribunal Supremo⁸⁸⁰

El Tribunal Constitucional razona que el derecho a la propia imagen “forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definatorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona.

⁸⁷⁸ De otro lado, comenta PARDO FALCÓN, Javier. “La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen”...cit., p. 368. El autor ofrece el 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 contra-prestación pecuniaria, o también el de la utilización autorizada mediante contrato, a título gratuito, con una finalidad publicitaria sin ánimo de lucro (de carácter institucional ...)

⁸⁷⁹ Como por ejemplo SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3, y 99/1994, de 11 de abril, FJ 5

⁸⁸⁰ Asimismo como define 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.

En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz.

El derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada, intervención que en el derecho que ahora nos ocupa puede manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la imagen y sus manifestaciones como de la utilización de la fotografía, la propia función dentro del Estado y las graves acusaciones criminales que se hacen sobre la persona del recurrente satisficían este juicio de necesidad; 3) la utilización de la fotografía ha sido proporcional, por todos los hechos y circunstancias que rodeaban al demandante, el sacrificio del conocimiento de su figura por la sociedad no implicaría una medida exagerada o demasiado penosa al punto de verse, de forma no proporcional, afecta el contenido esencial de protección de su derecho a la propia imagen.

Analizados los matices que orientan la conformación del concepto constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución de 1978, ahora mi tarea se centrará en examinar las leyes que lo desarrollan. En España, el jurista Cifuentes recuerda que, si se examina la Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879.⁸⁸¹ Interpretamos, de la forma más objetiva posible, y en consecuencia, valoremos si ese comportamiento ha podido razonablemente crear la confianza en los terceros de un determinado ámbito de exclusión. Es decir, no se trata de analizar si la conducta encierra o no un consentimiento presunto a las intromisiones, sino de delimitar cuál es el concreto ámbito susceptible de protección. El círculo protegible, resultante de la aplicación de tal criterio, puede ser ampliado o restringido como consecuencia de la adopción de una nueva conducta, puesto que la protección de la confianza de los terceros, esto es, la seguridad jurídica, sólo impide la relevancia frente a dichas personas de los cambios bruscos de comportamiento⁸⁸².

Con esta introducción, según se explica en la exposición de motivos, la ley pretende permitir al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos

⁸⁸¹ Recientemente recogen esta idea PASCUAL MEDRANO, A. El derecho fundamental a la propia imagen... cit., p. 87.

⁸⁸² En esta línea discurre la interpretación ROVIRA SUERIO, Maria E. La responsabilidad civil derivada de los daños... cit., p. 139

variables según los tiempos y las personas. En este sentido, en el apartado dos, del artículo dos, se establece que no se considerarán ilícitas las intromisiones consentidas por el propio interesado. La exposición de motivos aclara que ésta posibilidad no se opone a la irrenunciable abstracta de dichos derechos, dado que el consentimiento no implica la absoluta abdicación, sino únicamente el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran.

Además, añade que dada la índole particular de tales derechos, propugna la ley que el consentimiento ha de ser expreso y que puede ser revocado en cualquier momento, aunque con indemnización de los perjuicios que de la revocación se siguieren al destinatario del mismo. Con tales explicaciones, resulta claro que no es imprescindible que sea escrito el consentimiento, admitiéndose la autorización verbal. Nada impide, tampoco, que el consentimiento se preste con posterioridad a la intromisión. Este razonamiento está en conformidad con lo que se ha suscitado antes, que el permiso para el uso de la imagen actúa como una autorización cuyo efecto es simplemente la supresión de la ilicitud o una causa de exclusión de anti-juridicidad. No obstante, como ya exige la ley que el uso de la imagen esté en el contexto del interés público informativo, en la medida en haya trascendencia pública e incida en la vida de la sociedad⁸⁸³.

Por ello, estimamos que el mensaje cardinal de la Ley que entra en consonancia con el concepto constitucional español del derecho a la propia imagen está radicado en el artículo seis, el cual trata sobre el consentimiento del afectado. No es relevante sólo desde esta perspectiva jurídico-constitucional el permiso del interesado, sino que la doctrina que se ocupa del tema indica que el consentimiento es el principio básico de la LOPD, en torno al cual operan los restantes recogidos en la norma⁸⁸⁴.

Se puede comprobar, por lo tanto, como la ley distingue entre lo que podemos denominar intromisiones ilegítimas e intromisiones legítimas o autorizadas por ley o consentidas por el interesado.

⁸⁸³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles. “Protección civil y constitucional del derecho a la imagen: (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo 905/1997, de 21 de octubre y del Tribunal Constitucional 139/2001 de 18 de junio)” en *Actualidad Civil*, Nº 2, 2002, pgs. 689-700.

⁸⁸⁴ Ahora bien, es oportuno hacer las observaciones imprescindibles de los autores RUBÍ NAVARRETE, Jesús. “Los principios de protección de datos y el reglamento de medidas de seguridad” en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho: 2000-2001* (coord. por Miguel Ángel Davara Rodríguez), 2001, pgs. 79-86; FREIXAS GUTIÉRREZ, Gabriel. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*. Bosch, Barcelona, 2001, pgs. 179

4.5.3. El Código Penal español.

En el Derecho Penal español, es conveniente para esta investigación que se estudie el Título X del Código Penal que tipifica los “Delitos contra la Intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio”, en el Título X, del Libro II, del Código Penal, artículo 197 a 204, bajo la rúbrica de delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. No obstante la autonomía dada al derecho a la propia imagen en el epígrafe del Título, se constata que lo que se tutela es, en realidad, con la previsión típica de los crímenes allí dispuestos, especialmente, el de la intimidad⁸⁸⁵.

En realidad lo que en dicho Título se protege es ‘la voluntad de una persona de que no sean conocidas determinados hechos que sólo son conocidos por ella o por un círculo reducido de personas es decir que pueden ser calificados de secretos y también el derecho de la persona a controlar cualquier información o hecho que afecte a su vida privada y, por tanto, a su intimidad⁸⁸⁶.

Efectivamente, el derecho a la propia imagen no ha sido considerado de forma independiente por la norma penal, sino que sólo le atribuye un papel de instrumento de vulneraciones del derecho a la intimidad. Con todo, asegura el jurista Díaz-Maroto y Villarejo, los delitos contra la propia imagen se contemplaban en el artículo 193, inserto en el Capítulo II, del Proyecto de Código Penal de 1994⁸⁸⁷. Remitido el texto al Congreso de los Diputados, y tras la tramitación parlamentaria correspondiente, el Pleno aprobó el Proyecto en su sesión de 5 de junio de 1995. En dicho texto, remitido al Senado para su discusión y aprobación, el artículo 193 inicial, con ligeros retoques, se convirtió en el artículo 202. Tal disposición castigaba al que utilizase por cualquier medio la imagen o el nombre de otra

⁸⁸⁵ Para corroborar esta línea de pensamiento, es pertinente hacer referencia a los planteamientos de CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la imagen en el anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994” en Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico, 1997, pgs. 534-551, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 4, 1996, pgs. 1190-1193; NOREÑA SALTO, José Ramón. “Libertad de información y derecho a la intimidad y propia imagen: especial referencia a determinados delitos y al proceso de menores” en Estudios jurídicos Ministerio Fiscal, Nº 4, 2002, pgs. 53-72; GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I)” en Derecho penal español: parte especial, (coord. Manuel Cobo del Rosal), 2005, pgs. 341-380; MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen...cit., p. 231 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Protección penal de la intimidad y derecho a la información” en Estudios sobre el derecho a la intimidad (coord. por Luis García San Miguel Rodríguez-Arango), 1992, p. 91.

⁸⁸⁶ Como señala, MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Part. Esp. 17º Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

⁸⁸⁷ En este sentido se manifiesta DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”... cit., p. 1190.

persona sin su consentimiento, con fines comerciales, profesionales o publicitarios, a pesar de que la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992 insistiera en la idea de que a través de esta normativa sólo se tutelaba, o se tutelaba de forma primaria, el aspecto espiritual de la intimidad. Afirma el jurista Luzón Peña que tal delito, o bien supondría una grabación reproducción en definitiva no autorizada de imágenes o palabras privadas, y entonces encajaría en los tipos genéricos de los delitos contra la intimidad, o bien se considera relevante junto a esto, o lo más relevante, el atentado a la fe pública en la veracidad de documentos gráficos o sonoros que a veces resultará, y ello pertenece más bien al ámbito de las falsedades, con independencia de si hay o no problemas de encaje en la conducta típica de la falsedad documental material o ideológica⁸⁸⁸.

Este artículo quedó redactado, con las únicas modificaciones sobre el texto inicial consistentes en adicionar “gravemente” y “sin su consentimiento” en el apartado 1 del artículo, de la siguiente manera: “1. El que atentare gravemente contra la intimidad de otra persona mediante la utilización pública de su imagen y sin su consentimiento será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2. Cuando la conducta a que se refiere el apartado anterior fuere cometida contra un menor de edad o un incapaz se impondrá al culpable la pena de multa de doce a dieciocho meses. 3. Para proceder por este delito, será necesaria denuncia de la persona agraviada. Cuando ésta sea menor de edad o incapaz, también podrá denunciar el ascendiente, representante legal o guardador, por este orden, y el Ministerio Fiscal. El perdón del ofendido o de su representante legal o guardador extingue la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código.

El Código Penal, descartó la figura del denominado “delito de montaje” de palabras o imágenes, al que el “pre-legislador” no ha otorgado carácter autónomo como, por ejemplo, le otorga el Código Penal Francés en su artículo 370⁸⁸⁹. Siguió el texto punitivo español la opinión de cierto sector de la doctrina, partidario de un tratamiento penal específico del derecho a la intimidad, a raíz de la consolidación de las nuevas y diversificadas técnicas de reproducción de la imagen física, se optó en su momento por un sistema de tutela que concibe

⁸⁸⁸ En el mismo sentido se pronuncia LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Protección penal de la intimidad y derecho a la información”... cit., p. 91

⁸⁸⁹ La falsificación material, que se hace por trucos técnicos; y la falsificación intelectual, que es el caso de imágenes sacadas de su contexto y que inducen a juicios o conclusiones erróneas sobre la persona retratada, que ha de ser integrada en la protección jurídica de la identidad.

la imagen como un aspecto concreto de la intimidad en general⁸⁹⁰. La jurista Carmona Salgado defiende, no obstante, que si la imagen o el nombre se utilizan con fines distintos del de ofender el derecho a la intimidad, es decir, fines en cuya virtud el sujeto activo utilice esos atributos de la personalidad del individuo como valor de mercado, su tipificación y castigo deberán reconducirse al ámbito de los delitos patrimoniales, y más concretamente de defraudación, cual es el caso de la estafa, o bien a alguna de las infracciones contra la propiedad intelectual⁸⁹¹.

4.6. El derecho a la propia imagen y el Código Civil brasileño de 2002.

Como ya se ha visto a lo largo de este trabajo, el derecho a la propia imagen ha estado protegido antes de las Constituciones democráticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, si bien de forma refleja, por leyes cuyo objetivo era proteger a otros derechos. La experiencia brasileña no difirió de las demás en este sentido. En este apartado se pretende encontrar, procuraremos hacer una interpretación lógica y concluyente, una interrelación de las leyes brasileñas que, de forma genérica, tutelan el derecho a la propia imagen.

Después de la emancipación en 1822 de Portugal, en Brasil, no se publicó el Código Civil hasta 1916. El Código Civil brasileño tuvo una notable influencia del Código Alemán de 1900, el cual no incluía los artículos específicos sobre los derechos de la personalidad.

⁸⁹⁰ Recientemente recoge esta idea CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la imagen en el anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994”... cit., pgs. 544-545.

⁸⁹¹ *Íd.*, pgs.548-549. En su otra obra (“Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen” en Cuadernos de política criminal, N° 56, 1995, p. 426) la autora defiende que la tutela del derecho a la propia imagen operada por la Ley de 5 de mayo de 1982 protege suficientemente tal bien jurídico y considera, invoca el principio de intervención mínima penal, innecesaria una mayor protección a efectos penales. Con relación a los denominados supuestos de oposición aparente de la persona afectada por la grabación de su imagen, se traduce en la hipotética publicación no autorizada por parte del titular de las imágenes, cuya fotografía fue consentida en su momento. La solución a estos casos debe fundamentarse en la negativa de existencia de intromisión ilegítima en la intimidad o reserva de la imagen, hay en realidad consentimiento cuando es fingida la oposición (ficción de oposición), el sujeto sabe y no evita que lo fotografíen o filmen en un determinado instante, pero es después de obtenida la publicidad deseada cuando finge no haber consentido jamás ni la grabación ni la ulterior publicación, exige por todo ello la indemnización civil que considere oportuna (p. 549).

El Código Civil brasileño de 2002 se ha dedicado a proteger, de forma expresa, algunos derechos de la personalidad. La inserción de esta categoría de derechos en el “nuevo” Código se debe a la influencia que el Código Civil italiano de 1942, tuvo en la redacción del brasileño. Basta un simple análisis comparado de los preceptos referentes a este tema en Código Civil italiano, para constatar su similitud con el de Brasil, tanto en el Anteproyecto del jurista Orlando Gomes (art. 35) como en el Proyecto de Ley nº 654/75 (art. 21). En el llamado Anteproyecto de Orlando Gomes de 1963, de reformulación del Código Civil de 1916, se adoptó la teoría de la honra (honor), como se deduce de la redacción del artículo 35⁴:

La publicación, la exposición o la utilización no autorizadas de la imagen de una persona pueden ser prohibidas a su requerimiento, sin perjuicio de la indemnización. Tras el § 1º - La prohibición sólo se justificará si de la reproducción resultara un atentado a la honra, a la buena fama, a la respetabilidad de la persona, o si destinara a fines comerciales. Ya el §2º confiere a: los derechos relativos a la reproducción de la imagen pueden ser ejercidos por el cónyuge o por los hijos, si estuviere muerta o ausente la persona.

Así que se puede afirmar; que fue el jurista Orlando Gomes uno de los mayores defensores de la tesis de la absorción del derecho a la propia imagen a través del concepto del honor en Brasil. Además, defendía él la idea de ser favorable a la prohibición de la reproducción o exposición cuando el hecho atentase contra el honor, la buena fama y la respetabilidad de la persona retratada, sólo en estos casos, el interesado podría requerir la interrupción de la vulneración y exigir la indemnización por el daño que hubiera sufrido⁸⁹²

Posteriormente, justificó el jurista Orlando Gomes la inserción del derecho a la propia imagen en su Anteproyecto donde afirmaba que “A tutela desse direito há de orientar-se no sentido de reprimir o abuso no seu exercício, permitindo-se que impeça a publicação, mas tão somente se da reprodução resultar atentado à sua honra, boa fama ou respeitabilidade”⁸⁹³.

En este sentido, si se interpreta tal precepto desde esta perspectiva, será en consonancia con el principio de interpretación conforme a la Constitución, el cual declara que

⁸⁹² En esta línea discurre la interpretación de GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 136 Apud DIAS, J. S. op. cit. p. 106.

⁸⁹³ Todo lo cual nos lleva a compartir la opinión de GOMES, Orlando. *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do código civil. Código Civil: anteprojetos*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 2, 1989, p. 162

si existe una posibilidad de interpretar este artículo del CC de conformidad con el texto constitucional, así se ha de hacer, se garantiza de este modo la legitimidad constitucional y la eficacia jurídica de este artículo.

En efecto, como conclusión de este epígrafe, queremos resaltar que no obstante las impropiedades técnico-legislativas de las dispersas leyes que se dedican a proteger el derecho a la propia imagen, todas ellas coinciden en proteger sólo la acepción de la imagen entendida como representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo, nunca el psíquico-metafórico, que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona.

4.7. Conclusión

Una sociedad avanzada puede admitir una norma que, al objeto de propiciar y garantizar la libre circulación de servicios, en esta nueva realidad social, trate de impedir que los poderes públicos impongan obstáculos que de alguna manera dificulten esa circulación; pero cuando de vulneraciones de derechos fundamentales se trata y como se ha visto que en este enorme mercado o centro comercial virtual que es Internet las posibles vulneraciones se multiplican y la propia prestación de los servicios es el vehículo para las mismas, el nivel de exigencia debe ser otro.

Por lo tanto con objeto de impedir que en la sociedad del siglo XXI, en la sociedad de la información, existan espacios inmunes a vulneraciones de derechos fundamentales garantizados por nuestra Constitución, es necesario introducir reformas legislativas que obliguen a los prestadores de servicios a adoptar medidas más exigentes y eficaces para tratar de identificar a los usuarios que acceden a los servicios que prestan, (firma electrónica, DNI electrónico...) y otras más específicas dirigidas a localizar, seleccionar y, en su caso, rechazar hechos, datos, contenidos o imágenes claramente ilícitas como para identificar a quienes los difunden y sobre todo para conservar durante el tiempo que sea necesario los datos de los equipos desde donde lo hacen.

Estas medidas, con los continuos avances tecnológicos que se producen a diario, no deben resultar especialmente complicadas ni tienen por que obstaculizar la libre circulación de servicios en la sociedad de la información.

Es claro que una ley que incumpla dicho mandato, es decir que no limite este uso de la información para proteger y garantizar los derechos fundamentales que nos ocupa puede ser inconstitucional.

O quizás sólo sea necesario adoptar aquellas otras medidas que permitan aplicar al medio Internet el régimen de responsabilidad establecido para los medios de comunicación tradicionales, prensa, radio y televisión, donde, como se ha visto, pocas vulneraciones o intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad quedan impunes.

Ya sabemos que el derecho a la información no es exclusivo de los medios de comunicación ni de sus profesionales sino que corresponde a todos los ciudadanos y una de las ventajas que ofrece Internet es la de proporcionar el medio necesario para que cada ciudadano pueda difundir su mensaje, habiéndose convertido en el medio de comunicación social por excelencia.

Como ya se ha dicho ‘el gran cambio de nuestra época es que la sociedad de la información ha consentido a los tradicionales destinatarios del mensaje en sujetos interactivos que crean información, la transmiten y seleccionan cuál reciben’.

Con esta aplicación analógica a Internet del régimen de responsabilidad vigente para los medios de comunicación tradicionales (prensa, radio y televisión) se facilitaría la posibilidad de adoptar medidas eficaces para que, una vez verificada una vulneración de un derecho fundamental se produzca el cese inmediato de la misma, el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, la prevención de intromisiones inminentes o ulteriores, la identificación, localización y enjuiciamiento de sus responsables, la indemnización de los daños y perjuicios causados y la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Y entre dichas medidas aquellas cada vez más necesarias dirigidas a eliminar cualquier rasgo o vestigio de la vulneración en el infinito espacio virtual de Internet, para garantizar una nueva vertiente de los derechos de la personalidad, relacionado a la vez con los

tres tradicionales (honor, intimidad y propia imagen) que no es otro que el derecho al olvido, el derecho a que nos dejen en paz, en Internet.

CONCLUSIONES:

Primera: La persona es, por tanto, el fin y el fundamento del Estado, sin la cual no habría sentido su existencia. Esa (re)personalización del derecho se da a través del Principio de la Dignidad de la Persona, electa por el Constituyente originario uno de los fundamentos de las Constituciones, que se convirtió en el centro uniformizador y conformador de todo el ordenamiento jurídico vigente. El reconocimiento de la dignidad de la persona y de los valores que van unidos a la misma es un requisito imprescindible para la legitimidad democrática de la Constitución. Los derechos de la personalidad conquistaron la relevancia que ahora han alcanzado, después de la Segunda Guerra Mundial, justamente con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el principio básico de la misma, la dignidad de la persona, o sea, el principio de la dignidad de la persona, que se consubstancia en el principal ejemplo de 'cláusula general' en la defensa de los derechos de la personalidad. Está fuera de dudas que el crecimiento y la importancia de los derechos de la personalidad están vinculados a la inserción del principio de dignidad de la persona en las Constituciones. Así, el principio-valor de la dignidad de la persona tutela el derecho a la propia imagen, la protección constitucional de este derecho se inserta en las protecciones jurídicas mínimas que la persona ha de tener para que pueda desarrollar libremente su personalidad.

Segunda: Los derechos fundamentales se relacionan directamente con la garantía de la no injerencia del Estado en la esfera individual (conquistada por la primera generación de derechos fundamentales) y desarrollan la aplicación del principio de la dignidad de la persona. Expresan de forma concreta cómo debe actuar el Estado, y establecen el mínimo de las condiciones de vida humanas y del desarrollo de la personalidad. Los derechos de la personalidad si son derechos fundamentales, pero su directa oposición frente a los poderes públicos no implica el desconocimiento de su eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares. Los derechos de la personalidad están expresamente descritos en los textos constitucionales democráticos y adquieren rango de fundamentales a través de su genérico encaje en el principio de la dignidad de la persona. En su mayoría, están insertos en la parte dogmática de las Constituciones, en el título dedicado a los derechos humanos y fundamentales, y tienen un contenido objetivo, que sería el formar parte del ordenamiento jurídico del Estado; y, de modo concomitante, tienen un contenido subjetivo, son la facultad y

garantía que el ordenamiento jurídico otorga al individuo para que pueda ejercer la tutela de los bienes de la personalidad. El derecho a la propia imagen es considerado un derecho fundamental, como tal expresa la individualidad de los seres humanos y está inserto entre las condiciones mínimas materiales de existencia digna de la persona. Así, se deduce que existe una intrínseca conexión entre el derecho a la propia imagen y los derechos fundamentales.

Tercera: Los ordenamientos jurídicos portugués, español y brasileño protegen el valor de la personalidad del cual derivan múltiples derechos. Todos los derechos concretos de la personalidad están recogidos como derechos fundamentales debido a que en un Estado de Derecho es inconcebible que los derechos más inherentes a la persona no tengan rango fundamental. Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos. Una cuestión diferente es que el derecho subjetivo como categoría jurídica no proporcione una protección suficiente de la personalidad y los bienes jurídicos derivados de ella por lo que cuando ello sucede deben buscarse nuevas categorías jurídicas, como el interés legítimo y el derecho-función, que garanticen la tutela de dichos bienes. El bien jurídico de la personalidad es el valor jurídico protegible y el derecho subjetivo y el interés legítimo inherente a la potestad son los instrumentos jurídicos para conseguir tal objetivo. Se ha de entender la personalidad como fuente y presupuesto de todos los derechos subjetivos, es el fundamento de todos los derechos y deberes que de la persona emanan. Los derechos de la personalidad son los derechos sin los cuales la personalidad se quedaría completamente irrealizada, privada de todo el valor concreto, derechos sin los cuales todos los demás derechos subjetivos perderían el interés o la efectividad para el individuo. Se caracterizan los derechos de la personalidad como los derechos subjetivos, fundados en la dignidad de la persona, que tutelan la manifestación de los bienes de la personalidad, es decir, los atributos, los caracteres intrínsecos e inherentes de la persona, que tienen la finalidad de posibilitar el goce de las facultades que se exigen para su completo, libre y digno desarrollo. Son derechos esenciales para el desarrollo de todos los demás derechos. Los derechos de la personalidad son representaciones de la dignidad de la persona. Son innatos (originarios), vitalicios, necesarios, extra-patrimoniales, intransmisibles, irrenunciables, inalienables, indisponibles, absolutos y oponibles *erga omnes*. En realidad, el derecho de personalidad en sí no es disponible en sentido estricto, es decir, no es transmisible, ni renunciable, la titularidad del derecho no es objeto de transmisión. En efecto, la imagen no se separa de su titular, del mismo modo que no se separan de su titular los demás bienes de la personalidad (intimidad, honor, vida, etc). La imagen está inherentemente ligada al sujeto, es

imposible, jurídica y físicamente, la renuncia o la transmisión de su titularidad a otra persona. No obstante, las expresiones concretadas, las manifestaciones efímeras, estáticas, del uso de este bien de la personalidad sí pueden ser negociadas económicamente, de forma limitada, con especificaciones en cuanto a la duración, a la finalidad y a otras condiciones más. La voluntariedad debe presidir de los negocios sobre esto tipo de bienes, de modo que si el titular decide que va a realizar un negocio jurídico sobre alguna manifestación de un bien de su personalidad, lo hará ejercerá su autonomía privada.

Cuarta: Si en el ámbito patrimonial es útil el criterio de la mayoría de edad para determinar la capacidad de obrar por la seguridad jurídica que comporta en el tráfico jurídico, no sucede lo mismo en relación a los derechos de la personalidad donde se debe estar en la existencia de madurez o no para determinar la posibilidad de ejercer por sí mismo el derecho lo contrario vulneraría el art. 10.2 de la Constitución española. Siempre que el menor tenga madurez suficiente, debe ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad. Debe interpretarse que el art. 162.2 CC y el art. 155.2 CF establecen que el menor podrá ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad cuando tenga madurez suficiente y ninguna ley exija una edad concreta y los mismos criterios deberán aplicarse para la actuación del menor en otros actos no ligados a los derechos de la personalidad. Para ejercer los derechos de la personalidad debe pensarse en a la madurez del menor si bien es aconsejable establecer una franja de edad orientativa para determinar cuándo el menor posee madurez suficiente donde se debe tener en cuenta que ello dependerá de cada menor y de la relevancia del acto que éste pretende realizar. Antes de los doce años se considera, como regla general, que el menor no tiene madurez para ejercer sus derechos de la personalidad mientras que por encima de los dieciséis años la regla es que sí existe madurez suficiente. Entre los doce y los dieciséis años existe una zona difusa en la cual debe estudiar el caso concreto y a la relevancia del acto donde se entiende como norma general que, salvo que el acto a realizar sea de especial gravedad, existe madurez a partir de los doce años. La actuación del menor en el ámbito de sus derechos de la personalidad cuando tiene madurez suficiente viene limitada por la necesidad de que sus actos sean conformes al libre desarrollo de su personalidad, que no vulneren derechos de la personalidad ajenos y que la ley no exija una edad concreta para actuar.

Quinta: El derecho a la propia imagen se entiende a la persona jurídica por fuerza del Art. 52 del Código Civil de 2002 brasileño y se justifica en el entendimiento de que imagen es todo lo perceptible, que nace de la vehiculación de su mensaje institucional. La tendencia actual es el reconocimiento de que las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos de los derechos de la personalidad. La referencia al individuo, a la persona física, inmersa en la idea de dignidad humana no puede hacer perder de vista la dimensión social y colectiva presente en el mismo precepto. La dignidad humana no ha de entenderse únicamente como atribuible al individuo aislado, en soledad, éste, por su naturaleza, vive en sociedad. En efecto, no sería adecuado entender o suponer que los conceptos jurídicos son estáticos o inflexibles, ello iría en contra de la dinámica social, a la cual el Derecho ha de adaptarse. Por estas razones, es inevitable convenir que las personas jurídicas sí pueden ser titulares de derechos de la personalidad, siempre y cuando resulten necesarios y complementarios para la obtención de sus fines, para proteger su existencia, su identidad y asegurar el libre desarrollo de su actividad. Todo ello, respetada, no obstante, la naturaleza específica del derecho del cual se reclama la titularidad.

Sexta: La imagen es la apariencia de la persona: solamente por medio de ella la persona puede ser conocida y reconocida. No hay persona sin imagen. Esta apariencia es constituida por la materia y por la forma. En ese sentido, se entiende la definición de que la imagen de la persona para el Derecho es “toda expresión formal y sensible de la personalidad⁸⁹⁴”, no se limita a sus aspectos físicos, el individuo es como un todo mas al que ella es como un todo (los gestos, la voz, los modos, juntamente con su cuerpo físico). El bien jurídico imagen no se confunde con otros bienes como el honor, la intimidad, el cuerpo (integridad física), a libertad, el patrimonio moral o la identidad. La imagen es un bien jurídico autonomo, porque no es el Derecho que atribuye la imagen a la persona, es a su propia naturaleza que hace un ser único e irrepitable, provisto de una imagen. El derecho a la imagen tiene una vertiente personal con rango fundamental y una vertiente patrimonial con protección ordinaria si bien siempre que se ejerce la vertiente económica, como sucede en los contratos sobre la imagen, queda automáticamente afectada la vertiente personal o fundamental si bien no sucede así a la inversa. El derecho a la propia imagen es uno de los derechos de la personalidad, contiene todas las características inherentes a éstos, es decir, es un derecho personalísimo, innato

⁸⁹⁴ Walter MORAES, Direito à própria imagem (II), in RT 444, p.27.

(originario), absoluto, extrapatrimonial (abstracto), intransmisible, irrenunciable, inalienable, indisponible (abstracto), vitalicio, necesario y oponible *erga omnes*. La función del orden jurídico es producir normas jurídicas para reconocer y proteger el derecho a la propia imagen, que se insiere en el rol de los derechos de la personalidad. La necesidad de protección contra la arbitraria difusión de la imagen se deriva de ella una exigencia de la individualidad personal, según la cual la persona debe ser quien decida 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 de exigencia de circunspección, de reserva, de exclusión, y, de otro, se establece la autonomía jurídica individual y la autodeterminación del individuo para proyectarse socialmente. La primera asegura la exclusión de los demás de este ámbito individual, para garantizar la inviolabilidad personal. La segunda perspectiva permite la exteriorización de la libertad del individuo de proyectarse en las relaciones sociales; el derecho a la propia imagen emerge, de este modo, como una expresión concreta de la autonomía personal. Se configura así una realidad jurídica en la que la imagen se afirma como un bien jurídico eminentemente personal en el plano teleológico y en el material-axiológico, con estructura de libertad fundamental, que reserva a la persona una posición de dominio sobre una característica personal, convergentes ambos planos con la teoría de la dignidad de la persona y protegidos por la tutela constitucional de los derechos fundamentales. El derecho a la propia imagen de la persona existe mismo antes del nacimiento, en razón de los avances tecnológicos ella puede ser conocida y reconocida.

Séptima: La protección dada a la 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 donde se publican mentiras o se desvela su intimidad. El objeto del derecho a la propia imagen no es impedir que se rebaje, que se insulte, que se desacredite, que se exponga a la persona al riesgo del odio, del ridículo o del desprecio de la gente. Tampoco se presta el derecho a la propia imagen a prohibir que se aísle a la persona, que se genere una probable aversión de los conciudadanos, aunque no haya descrédito en sentido estricto. Estos últimos ejemplos de ataques son protegidos por el derecho al honor, configuran un atentado contra la buena fama que, naturalmente, puede perjudicar la reputación de una persona y, además, ofenderla y humillarla se dañan profundamente su autoestima o causándole daños emocionales más o menos graves. La vulneración del derecho a la

propia imagen no ha de estar anudada a una proyección negativa que pueda repercutir en la consciencia social del conjunto de los valores sociales y personales de cada individuo. Es más adecuado que se razone que el término español intimidad es más restrictivo y posiblemente más intenso que el inglés *privacy*, y que el anglicismo privacidad, ante la adopción masiva por los países ibéricos y por Brasil, debe ser entendido, cuando se use, para referirse a la vida privada. Es incuestionable que tanto el derecho a la propia imagen como el derecho a la intimidad tienen por objetivo la protección de la inviolabilidad personal, es ésta la principal línea de defensa que se propone a tutelar 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 consiguiente, no forma parte de mi intimidad la imagen de mi rostro, aunque sí la imagen de mi desnudo. 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 cuanto que ella no se proponga en a comunicarla. La extensión exacta de esta reserva de la intimidad depende, en primer lugar, de la propia voluntad de la persona, que puede divulgar en mayor o menor grado los aspectos particulares de su personalidad.

Octava: Frisamos la importancia de diferenciar el derecho a la propia imagen y el derecho a la identidad personal. La identificación, objeto principal de la identidad personal, puede ser realizada por varios 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 personal, como exigencia de la “identidad individual” y de la “identidad relacional”. 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. 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, lo “utiliza” el derecho a la intimidad o el derecho al honor. No obstante, esta característica de “derecho-medio” no puede impedir la autonomía del derecho a la propia imagen, el derecho de la persona a exigir que su personalidad no sea representada de manera no fiel, 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; el derecho a no ver alterado el propio perfil, psicosomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional, no puede confundirse con la facultad de aprovechar o de excluir 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 son bienes jurídicos distintos, con conformación y objeto divergentes.

Novena: Solamente el titular de la imagen puede autorizar, mediante el consentimiento, a la captación, reproducción o utilización de su efigie y, en caso de violación de ese derecho personal, el titular tiene derecho de evitar el acto ilícito que es perpetrado, independientemente de la existencia o no de lesión a otro bien jurídico o de la circunstancia de la imagen donde es utilizada para fines económicos. En esto consiste la autonomía del *ius imaginis*. El consentimiento dado por el sujeto retratado no constituye un límite al derecho a la propia imagen, tal autorización se integra dentro del contenido positivo del ejercicio de este derecho. Lo que se configura con tal permiso es una discrecionalidad individual del retratado de autolimitarse en algunas de las facultades comprendidas dentro del derecho a la propia imagen. Por ello, prefiero clasificar el consentimiento como una limitación voluntaria, y no como un límite constitucional inmanente propiamente dicho. No se ha de entender que al otorgar su consentimiento, el titular del derecho a la propia imagen renuncie o pierda la protección civil o constitucional o, asimismo, que desaparezca la ilicitud de cualquier intromisión. Se ha de entender que con el consentimiento, el titular del derecho voluntariamente se auto-limita a no ejercer una facultad que le otorga la protección jurídica, permite que otra persona utilice su imagen. El principal mensaje que se ha de extraer de la posibilidad de consentir la representación gráfica de la imagen humana es que la característica de derecho de la personalidad, que proviene de la dignidad de la persona, es la que autoriza a defender que el consentimiento concreta el radio de acción del uso de la imagen, y debe ser siempre interpretado restrictivamente, por estar relacionado con la individualidad, con la dignidad de la persona. Además, aunque este límite voluntario esté justificado directamente por la dignidad de la persona, las relaciones sociales modelan e imponen ciertos requisitos para que la revocación del consentimiento pueda tener legitimidad jurídica.

Décima: Aunque se pueda interpretar que la Constitución de la República Portuguesa de 1976 protege materialmente el derecho a la propia imagen, la tutela formal expresa del mencionado derecho sobrevino posteriormente, en la nueva redacción dada al artículo 33, en la primera revisión de la Constitución portuguesa, la cual se realizó entre abril de 1981 y agosto de 1982. No se aleja el concepto lusitano del derecho constitucional a la propia imagen del concepto que he formulado en el Capítulo II: 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. Ante la opinión doctrinal y la definición operacional dada por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Portugal, es forzoso concluir que la potencialidad patrimonial del derecho a la propia imagen sí está dentro del concepto constitucional ofrecido por el iter constituyente de 1976.

Undécima: Sin embargo, en España el concepto constitucional del derecho a la propia imagen se restringe a la facultad negativa (de exclusión), y 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. La gran innovación constitucional que se ha introducido en la Constitución Española sobre los negocios relativos a la propia imagen es que estos negocios pueden ser siempre revocables por el ciudadano. Se ha de tener en cuenta que esta revocabilidad lleva la obligación implícita de resarcir los daños y perjuicios causados, que incluye en ellos las expectativas justificadas.

Duodécima: En Brasil, la Constitución de 1988 incluye el derecho a la propia imagen en tres incisos distintos. La intención del texto constitucional al tratar la imagen en el inciso X es insertarla en el contexto de la inviolabilidad personal, junto con los demás derechos de la personalidad allí establecidos. Por otra parte, la imagen citada en el inciso XXVIII, “a” del artículo 5º, que consiste en la protección del direito de arena, protege al titular de la imagen que ha contribuido en una obra colectiva, en un espectáculo. El mensaje principal del constituyente es que de forma subsidiaria, se proteja la imagen de una persona en el caso de que ella sea integrante de la obra. La protección del inciso V, del artículo 5º, tiene que ver con el direito de resposta. El iter constituyente al citar “dano à imagem” no ha creado una nueva forma de indemnización, porque este daño está inserto en el daño moral. El daño a esta imagen que el constituyente quiso establecer, ofrece protección al ciudadano, es una especie

de daño moral. En realidad, el constituyente pretendió garantizar, de modo elocuente, el derecho de respuesta, para asegurar también la indemnización del daño a la propia imagen, dando a éste un papel relevante. Se ha de leer el derecho a la propia imagen dentro de un texto constituyente, articulado, sistematizado y lógico, es una exigencia de la interpretación constitucional, la cual indica que las tres normas constitucionales 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 de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona. Sin embargo, la doctrina mayoritaria brasileña esta confluencia del criterio histórico, sistemático y teleológico, señala que la concepción de la palabra imagen tratada en el inciso V (direito de resposta) no puede ser la misma del inciso X (inviolabilidade pessoal).

Decimo tercera: La opinión que ha cambiado el modo de entender el concepto del derecho a la propia imagen en tierras brasileñas es la planteada por Luiz Alberto Davida Araújo, que divide el citado derecho en dos conceptos: el derecho a la propia imagem-retrato, que coincide con la protección de las exteriorizaciones de la personalidad humana; y el derecho a la propia imagem-atributo, que consiste en la tutela del concepto de imagen social del individuo, procedente del desarrollo de sus relaciones sociales. Esa concepción integral de imagen se opone a idea corriente de que ha duas imagens, previstas constitucionalmente: imagem-atributo e imagem-retrato. Ora, los incisos V e X del Art. 5º de la Constitución Federal de 1988 no distinguen imágenes, esta es un todo de la imagen de la persona. Empero, al examinar las argumentaciones de la expresiva mayoría doctrinal, que se ha formado después de la teoría de la imagen-atributo del jurista Araújo, se comprueba que gran parte de los autores, algunos de manera rotundamente explícita, y otros por una vía oblicuamente refleja, acercan o confunden el concepto de esta imagen bien con la concepción fáctica de honor, o bien con el moderno concepto del derecho a la identidad personal. La debilidad de la doctrina de la imagen-atributo empezaría en este punto, al no delimitar jurídicamente de modo convincente el objeto de tal pretendido derecho, ni aclarar sus objetivos, entrelazan así, de forma manifiesta, lo qué sería ofensivo a tal supuesta 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 imagem-atributo, figuras que, no obstante, están de modo inherente dentro del bien jurídico del honor.

Es ineludible concluir que ha prevalecido en estos planteamientos el concepto vulgar de imagen, una concepción que no es técnicamente jurídica. La doctrina mayoritaria de Brasil no puede pretender, tampoco, incluir en el concepto de la imagen-atributo el derecho a la verdad personal, a la historia personal, a la identidad genética, es decir, el derecho a ser uno mismo unido al derecho a no ver distorsionado el perfil social la personalidad de la persona, estos bienes jurídicos son objeto del actual derecho a la identidad personal. El llamado derecho a la imagen-atributo, por lo tanto, no puede ser considerado un derecho autónomo, carece de objeto jurídico, no tiene reglas propias, no se determina por sí mismo, porque se subsume o en el concepto del derecho al honor o en el concepto de la identidad personal. Dadas las incongruencias técnico-jurídicas, es imperioso admitir que las bases doctrinales que sustentan la supuesta configuración conceptual constitucional del derecho a la imagen-atributo no poseen una consistencia teórico-jurídica contundente y fiable, debido a que esta “híbrida concepción” comparte inmanentes raíces con la teoría del derecho al honor y converge con los fundamentos del moderno derecho a la identidad personal.

Décimo cuarta: Se ha de interpretar como constitucional el artículo 21 del Código Civil Brasileño entendiendo que las hipótesis expuestas de vulneración de la imagen son sólo ejemplos de algunas de las posibilidades de daño a la propia imagen. No se las puede considerar tajantes, exhaustivas, cerradas o clausuradas, el mencionado Código otorgó preponderancia a un modelo más operacional que conceptual. Las sentencias del Supremo Tribunal Federal no han discutido la supuesta distinción conceptual constitucional del derecho a la propia imagen, entre imagen-retrato e imagen-atributo, pero todavía mezclan los conceptos de imagen, honor e intimidad. Nunca ha habido un recurso que cuestionara esta distinción, tal vez porque el derecho a la propia imagen es un derecho relativamente reciente y aun poco cuestionado. De lo expuesto, se concluye que el Derecho brasileño, sea en el ámbito legal o en el jurisprudencial, no tiene aún clarificado el concepto de qué sea el derecho constitucional a la propia imagen. No hay una ley específica, ni una jurisprudencia constitucional que otorguen madurez jurídica al tema. No obstante la importancia del derecho a la propia imagen, hace falta una política legislativa eficaz, que se ocupe de sentar las bases teórico-prácticas de este “nuevo” derecho. Creemos que es un campo todavía poco debatido y que tendrá su desarrollo técnico-jurídico con las interpretaciones de la doctrina brasileña.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 888.

ABREU, Luis Vasconcelos. “A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil: recentes desenvolvimentos jurisprudenciais, uma breve comparação luso-alemã” em Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, vol. II (2002), pgs. 457-475

_____. “Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular: o caso do big brother” em Revista do Ministério Público, Ano 26, Jan-Mar 2005, nº 101, pgs. 113-118.

ABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: DELGADO, Mario; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). Novo código civil: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2003. v.1, p. 31.

AFFORNALLI MUNHOZ, Maria Cecília Naréssi. 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, pgs. 23 y ss.

_____. Direito à própria imagem. 5.a tiragem. Curitiba: Juruá, 2007, pgs. 33 y ss.

AGUILERA FERNÁNDEZ, Antonio; La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (Posibilidades y límites constitucionales), Granada, 1990, pgs. 53-55.

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.; “La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”, en La Ley, 1984, p. 1206.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel; “Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro”, en Revista de Derecho Privado, 1997, pgs. 166-191.

ALCARAZ, Hubert. El derecho a la intimidad en Francia en la época de la sociedad de la Información: Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut - être jamais, peut être demain! in ARAUCARIA - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Año 9, Nº 18, Segundo Semestre de 2007, pgs. 6 – 28.

- ALCÓN YUSTAS, María Fuencisla. “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores” en Jornadas sobre derecho de los menores (coord. por Isabel E. Lázaro González, Ignacio V. Mayoral Narros), 2003, pgs. 385-394.
- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. León: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1996, p. 28.
- _____. El derecho a la propia imagen. Editorial Tecnos: Madrid, 1997, pgs. 37 y ss.
- ALEXANDRE, Isabel Maria. Provas Ilícitas em Processo Civil, Almedina, Coimbra, 1998, pgs. 106 y ss.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALFONSO, Alfredo. La Unión Europea y la sociedad de la información. Período 1992-1997, Revista Latina de comunicación social, ISSN 1138-5820, Nº. 10, 1998.
- ALMEIDA TORRES, Patricia de, Direito a própria imagem, São Paulo, 1998, pgs. 49-50.
- ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. “Direito autoral e direito de arena” In: Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 1, n. 4, pgs. 79-96, out./dez., 2000;
- ALONSO ALAMO, M. Mercedes. “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADPCP), 1983, Tomo XXXVI, fasc/mes 1, pgs. 127-152 (p.141).
- ALVAREZ RODRIGUEZ, M. Carlos. El Derecho en la regulación de las telecomunicaciones y la cuestión de la privacidad, Abaco: Revista de cultura y ciencias sociales, ISSN 0213-6252, Nº 14-15, 1997 (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y sociedad de la información), pgs. 85-94.
- ALVES MOREIRA, Leonardo Barreto. A teoria do umbral do acesso ao direito civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1.535, pgs. 01/02, 14 set. 2007. Disponible en: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/text.asp?id=10406>>. Acceso en: 14 set. 2015.
- AMADEU GUERRA, A Privacidade no Local de Trabalho, As Novas Tecnologias e o Controlo dos Trabalhadores através de Sistemas Automatizados Uma Abordagem ao Código do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2004.

AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006, pgs. 249 y ss.

_____. Direito Civil: Introdução. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Maria Lúcia. A forma da república: uma introdução ao estudo do Direito Constitucional Coimbra Editora, 2005, pgs. 42, 85-86, 276, 277, 286.

AMAT LLARI, María Eulalia. “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial” en Revista jurídica de Catalunya, 2003, vol. 102, nº 2, pgs. 59 y ss.

_____. El derecho a la propia imagen y su valor publicitario. La Ley: Madrid, 1992, pgs. 4 y ss.

ANDRADE, Domingues A. Manuel. Teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Almedina, 1974, v. 1, p. 193.

_____, Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. I, Coimbra, 1987, pgs. 122 y 123

ANDRADE, Manuel da Costa. “Sobre a reforma do Código Penal Português Dos Crimes Contra as Pessoas, em geral, e das Gravações e Fotografias Ilícitas, em particular” em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 3, Abril - Dezembro de 1993. Aequitas, Editorial Notícias: Lisboa, pgs. 467, 494.

_____. Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pgs. 77 y ss.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a Tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O novo Código Civil e a Constituição. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ANEA, J. M., “La imprescindible dignidad”, Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas, Coord. Antonio Ruiz de la Cuesta, p. 18- 28, Universidad de Sevilla, 2005.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; “La cláusula interpretativa del art. 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, en Jueces para la Democracia, 1989, nº 6, p. 918.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica: Teologia, Deus, Trindade. V. 1. Parte I: Questões 1 –

43. 2ª ed., São Paulo: Loyola, 2003.
- _____. Suma Teológica: a Bem Aventurança, os Atos Humanos, as Paixões da Anima. V. 3. Seção I – Parte II – Questões 1 – 48. São Paulo: Loyola, 2003.
- _____. Suma Teológica: a Criação, o Anjo, o Homem. V. 2. Parte I – Questões 44 -119. 2ª ed., São Paulo: Loyola, 2005.
- _____. Suma Teológica: a Justiça, a Religião, as Virtudes Sociais. V. 6. Seção II – Parte II – Questões 57 – 122. São Paulo: Loyola, 2005.
- ARAGÓN REYES, Manuel. “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información” in Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú (coordenado por Raúl Morodo Pedro De Vega), Tomo III, 2002, pgs. 1505-1527.
- ARANHA, Adalberto José Q.T. de Carmargo. Crimes contra a honra. São Paulo: Saraiva, 1995
- ARARIPE, Jales de Alencar. Direitos da personalidade: uma Introdução. In: RENAN, Lotufo (Coord.). Direito civil constitucional. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 232.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; “O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional” in Revista do Advogado- Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos, Ano XXIII, nº 73, pgs. 26-39, 119-126, Nov. 2003.
- _____. “A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1998” em Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira, (coord) José de Faria Costa e Marco Antônio Marques da Silva. Editora Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2006, pgs. 515-531.
- _____. A Proteção constitucional da própria imagem pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pgs. 27- 89.
- _____. NUNES Jr, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ARCANJO, Maria Ligia Coelho Mathias. Direito à própria imagem, Dissertação de Mestrado, São Paulo, Pontifícia Universidad Católica, 1997, p. 78.

- ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela inibitória da vida privada. São Paulo: RT, 2000, p. 95.
- ARENDT, Hannah. A condição humana. 11ª ed. 2ª tirag., Trad. Roberto Raposo. Rev. Téc. Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- _____. A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.
- 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, pgs. 347-366, out./dez., 2004, (pág. 350).
- ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direito ao Espetáculo” in Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, nº 366, pgs. 41-55, maio 1987.
- _____. “Direitos de Não-Aletas Participantes de Espetáculo Desportivo Público” In: Tabulae, v. 16, n. 13, pgs. 23-52, dez., 1984.
- _____. “Princípios constitucionais do direito de autor” In: Revista brasileira de direito constitucional, n. 5, págs. 429- 442, 2005.
- _____. “Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena” In: Jurisprudência brasileira, cível e comércio, nº 167, págs. 37-42, 64, 1992.
- _____. Direito Civil, Teoria Geral, vol. I, Introdução as Pessoas, Os bens. Coimbra Editora: Coimbra, 1997, págs. 99, 105-108.
- _____. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, v. 1, pgs. 41, 231.
- _____. Direito Civil: Teoria Geral, introdução, as pessoas, os bens. Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. Revista Mestrado em Direito. Ano 6, nº 1, Osasco: Edifício, p. 145-168, 2006.
- _____. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. Revista Mestrado em Direito. Ano 8, nº 2, Osasco: Edifício, p. 79-101, 2008.
- _____. Panorama e perspectivas do direito civil na união europeia, in V Jornada de Direito Civil. Org.: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012. Disponível:<<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadascej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/vjornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso: 12 nov. 2012.

- ATHENIENSE, Alexandre. “As transações eletrônicas e o direito de privacidade” in: Fórum administrativo, v.2, n.19, pgs.1170-1177, set. 2002.
- AUGER LIÑÁN, C., “La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial, XXXV, Madrid, 1993, pgs. 87 y ss.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12º ed. ampl., São Paulo: Malheiros, 2011.
- AXIAL. El Museo Universal, num. 47. Madrid, 1861. www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/.../203889.pdf. Visitado en 25 de enero de 2014.
- AZURMENDI ADARROGA, A. El derecho a la propia imagen; su identidad y aproximación al derecho a la información, Edit. Civitas, Madrid, 1997, pgs. 19 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra las personas, Madrid, 1986.
- BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel; “En torno al concepto de derecho fundamental en la Constitución de 1978”, en Introducción a los derechos fundamentales, Vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, pgs. 337-357.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa; El derecho fundamental al honor, Madrid, 1992, pgs. 26-27 y 142.
- BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. Os Povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem. Instituto Socioambiental: São Paulo, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “A identidade genética do ser humano: bioconstituição; bioética e direito”Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 8, n. 32, jul./set., 2000, pgs. 88-92
- BARBAS, Stela “Direito à identidade genética”In: Forum Iustitiae -Direito & Sociedade, 1999, vol. I, t. 6 (1999), pgs. 39 y ss;
- _____. Direito ao património genético. Coimbra: Almedina, 1998.
- BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. Direito à própria imagem: aspectos fundamentais. São Paulo, SP: Saraiva, 1989, pgs. 15 y ss.
- BARBOZA, Heloisa Helena. “Direito à identidade genética” in: Juris Poiesis : revista do curso de direito da Universidade Estácio de Sá, v.7, n.1, pgs. 123-132, 2004;

- BARNETT, S. R. “El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia con el Derecho español”, en Revista de Derecho Mercantil, n. 237, julio-septiembre, 2000, pgs. 1229-1230.
- BARROSO ASENJO, P. Límites constitucionales al derecho a la información, Barcelona, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. “Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa” in Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Ano 4, vol. 16, outubro a dezembro de 2003, pgs. 59-102.
- _____. Cigarro e liberdade de expressão. In: _____. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Tomo II. p. 649.
- _____. Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Tomo II, pgs. 670- 671.
- _____. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 373.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. La libertad de antena. El artículo 20 de la CE y el derecho a crear televisión, Barcelona, 1990.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: Arts. 5º a 17, 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BATLLE, M.; “El derecho al nombre”, en Revista general de Legislación y Jurisprudencia, 1931, nº 159, pgs. 258 y ss.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas (trad. Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira). São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BEJAR, H. El ámbito íntimo. Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- BELAÍDEZ ROJO, M. Los principios jurídicos, Tecnos, Madrid, 1994.
- BELLINI JUNIOR, João. “Reflexos tributários na cessão do direito de imagem e uso do nome profissional” In: Interesse Público, v. 5, n. 22, pgs. 107-124, nov./dez., 2003.

- BELLO JANEIRO, Domingo. “La protección de datos de carácter personal en el derecho comunitario” em Estudos de Direito da Comunicação, António Pinto Monteiro (coord). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002, págs. 27-64.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José; Construcción jurídica de los derechos de la personalidad. Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, pgs. 29 y ss.
- BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005. pg.16 y ss..
- BENDA, Ernest. La salvaguardia de la dignidad humana (artículo 1 de la Ley Fundamental) (trad. Joaquín Brage Camazano) en The Spanish Constitution in the European constitutional context (La Constitución Española en el contexto constitucional europeo), Francisco Fernández Segado (ed), Dykinson: Madrid, 2003, p. 1450- 1458.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. Derecho privado y derecho de la persona. Bercal: Madrid, 1996, pgs. 163 y ss.
- _____. Derecho de la persona, Madrid, 1976, p. 211.
- _____. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Madrid, 1997, p. 248.
- _____. Comentarios al art. 1º de la Ley de Propiedad Intelectual (Dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO; R.), Madrid, 1989, p. 27.
- BERTI, Silma Mendes. “Direito à própria imagem” in Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, nº 2, pgs. 179-190, 1996 (p.182).
- _____. Direito à própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, pgs. 32 y ss.
- BESSA, Leonardo Roscoe. O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BEVILÁQUA, Clóvis apud NÁUFEL, José. Novo dicionário jurídico brasileiro. São Paulo: Atlas,[s. d.]. p. 741. V. 3.
- _____. Teoria geral do direito civil. 2. de. Sao Paulo: Livraria Francisco Alves, 1929, p. 83.

- _____. Teoria geral do direito civil. Campinas: Red Livros, 2001. pgs. 115- 116.
- BIANCO, João Carlos. “A obra fotográfica, o direito à imagem, à vida privada e à intimidade”. Jusittia, São Paulo, 62 (189/192), jan./dez., 2000, p. 203.
- BIGEON, Alphonse- Armant. La photographie et le droit, Paris: Charles Mendel, 1894, p. 169.
- BIGLIAZZI GERI, Lina; Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato, Milano, 1967, pgs. 265-270.
- BIGOT, CH., “Nota a la Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación, de 13 enero de 1998”, D 1999, pgs. 167 y ss.
- BÍSCARO, Beatriz R. Responsabilidad de los medios de prensa, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 76.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002; Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior, Fábio Machado de Almeida Delmanto. Código Penal Comentado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar 2000; Fernanda... [et al.] coordenadores. Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. O Direito Civil na Constituição de 1988. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. Direito de autor. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. _____ . Os direitos da personalidade, São Paulo, 1989, p. 87.
- _____. Curso de direito civil: vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- _____. Os direitos da personalidade. 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2004. pgs. 87 y 90.
- _____. Os Direitos da personalidade. 4ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2000. p. 93.
- _____. Os direitos da personalidade. 5ª. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 28, 90.
- _____. Os direitos da personalidade. 6ª. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 11.

- _____. Reparação civil por danos morais. 2ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
- BITTAR; Carla Bianca. “A Honra e a Intimidade em face dos direitos da personalidade” 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, págs.121 – 132.
- BLOUSTEIN. “Privacy as an aspect on human dignity. An answer to Dean Prosser”, in New York Law Review, 39, págs. 962-1007, 1964.
- BOBBIO, Noberto. “Presente y porvenir de los derechos humanos” en Anuario de Derechos humanos, 1981, nº1, pgs. 10-12.
- _____. O positivismo jurídico; lições de filosofia do direito. Trad; Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodríguez. São Paulo: Forense, 1995, p. 135.
- _____. El positivismo jurídico, Madrid, Debate, 1993, pgs. 32, 52-53.
- BÖCKEN DFÖRDE, Ernst - Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales (trad. Juan Luis Requejo Pagés y Ignacio Villaverde Menéndez) Baden - Baden, 1993, p. 65.
- BOLDÓ RODA, Carmen. Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español. Thomson Aranzadi, Navarra: 2006, pgs. 31-38.
- BOMJARDIM, Estela Cristina. O acusado, sua imagem e a mídia. São Paulo: M. Limonad, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. “O constitucionalismo espanhol e seu influxo no Brasil (de Cádiz a Moncloa)” en La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano, coord. por Francisco Fernández Segado, 2003, p. 197-220, p. 204.
- _____. “As quatro crises do Brasil constitucional” en Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú, (coord. por Raúl Morodo Leoncio, Pedro de Veja), Vol. 2, 2001, pgs. 755-778.
- _____. Curso de direito constitucional. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 296.
- MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 534.

- _____. AMARAL VIEIRA, R. A. Textos políticos da história do Brasil. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, s/f; LEAL, Aurelino. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1915.
- _____. ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. OAB Editora, 2002.
- BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. "Personas y derechos de la personalidad", Madrid, España, Reus, 2010.
- BONJARDIM, Estela Cristona. O acusado, sua imagem e a mídia. São Paulo: M. Limonad, 2002, p. 35.
- BORDA, G y LLAMBÍAS, J. J. Tratado de derecho civil general, Abeledo-Perrot, Argentina, 1957, pág. 7 y ss.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos da personalidade e autonomia privada. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 76/89.
- _____. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, pgs 20 y ss.
- _____. Dos Direitos da Personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI Giovanni Ettore (coord.). Teoria Geral Do Direito Civil. São Paulo: Atlas: IDP – Instituto de Direito Privado, 2008.
- BRANCATO, Braz Augusto A. “D. Pedro I de Brasil e VI de Portugal e o constitucionalismo ibérico” en História Constitucional (revista electrónica), nº 5, 2004. BRANCO, Eliana Saad Castelo. Nova legislação reforça direito de privacidade de artistas. In Revista Consultor Jurídico, 13 de fevereiro de 2004. Disponible en: Acceso en: 25 Ago. 2015.
- 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.
- _____. Constituição Federal (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Lei nº 10.406/2002. Código Civil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- _____. O Processo Histórico da Elaboração do texto Constitucional – Assembléia Nacional Constituinte 1987-1988. Brasília, 1993. También consultando la página web www.senado.gov.br.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 46420-0-SP. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorrentes: Confederação Brasileira de Futebol – CBF e Editora Abril S/A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e outros. Julgamento ocorrido em 12.09.1994. DJU, 05 dez. 1994.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 58.101-SP. Rel. Ministro César Asfor Rocha. Recorrente: Vera Lucia Zimmerman. Recorrida: Editora Azul S/A. Juzgamiento ocurrido en 16.09.1997. DJU, 09 mar. 1998. Disponible en: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=58101&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Ultimo acceso en: 19.09.2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 74473-RJ. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Recorrente: Edenir dos Santos Mário. Recorrida: Producciones Cinematográficas L. C. Barreto Ltda. Juzgamiento ocurrido en 23.02.1999. DJU, 21 jun. 1999. Disponible en: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=74473&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acceso en: 10 oct. 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE 215.984-1. Rel. Ministro Carlos Velloso. Recorrente: Cássia Kis. Recorrida: Ediouro S/A. Julgamento ocurrido em 04.06.2002. DJU, 28 jun. 2002. Disponible en: Acceso en: 9 nov. 2016.
- BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardos. Disponibilidade dos direitos de personalidade, 2007, São Paulo, pgs. 46 y ss.
- BRU CUADRADA, Elisenda. La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad, en IDP: Revista de Internet, Derecho y Política, ISSN 1699-8154, N°. 5, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique. ¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor? Tecnos: Madrid, 1992.

- _____. “Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia” en Estudios sobre el derecho a la intimidad, Luís García San Miguel Rodríguez-Arango (Editor), Madrid, Tecnos, 1992, pgs. 101-156.
- _____. Manual sobre los bienes y derechos de la personalidad. Dykinson, 1997, p. 76.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. "Derecho a la Intimidad", Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 1998.
- _____. “Sentencia de 13 de julio de 2006: Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un menor. Irrelevancia de la finalidad a la que se orientase la publicación inconsentida de la imagen” en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Nº 74, 2007, pgs. 931-952.
- _____. Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen in La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Año XX, nº 4708, pgs. 1-8.
- CABALLERO GEA, José Alfredo. "Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, Derecho de Rectificación, Calumnia e Injuria: síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y fiscalía general del estado", España, Editorial Dykinson, 2007.
- _____. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e Injurias. DYKINSON: Madrid, 2004, pgs. 17 - 20.
- CABO, Álvaro Antonio; BARBOSA, Notaroberto. Direito à própria imagem. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25.
- CABRAL DE MONCADA, Luís. Lições de Direito Civil, Parte Geral, 4ª ed. rev. Almedina: Coimbra, 1995, p. 63.
- CABRAL, Rita Amaral, “O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil)” in Separata dos Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1988, pgs. 30-31.
- CACHAPUZ, M. C. Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.http://fondosdigitales.us.es/media/thesis/866/B_TD-373-bibliografia.pdf

- CAETANO. Constituições Portuguesa (4º ed. actualizada e revisada). Editorial: Verbo Lisboa/São Paulo, 1978, p. 29.
- CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 2. ed. rev., atual. e ampl.; 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pgs. 42 y ss.
- _____. Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. 7º ed., São Paulo: RT, 2005, p. 296.
- CALDAS, Pedro Frederico. Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral. São Paulo: Saraiva, 1997, pgs. 38-39.
- CALLEJO CARRIÓN, S. El derecho al honor. El honor como objeto del proceso civil de amparo especial, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Madrid, 2006, pgs. 53 y 105.
- CÁMARA AGUILA, Mª del Pilar; El derecho moral del autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor, Granada, 1998, pgs. 81 y ss.
- CAMPOS, Diogo Leite de. “O estatuto jurídico da pessoa depois da morte” em O Direito, ano 139, 2007, II, pgs. 245-253.
- _____. Lições de direitos da personalidade, em Separata do vol LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995, pgs. 12 y ss.
- _____. Nós: estudos sobre o direito das pessoas. Almedina: Coimbra, 2004, pgs. 13 y ss.
- _____. BARBAS, Stela. “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica” em Revista da Ordem dos Advogados, 2001, vol. 61, T. III (2001), p. 1259.
- CAMPOS, Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia. Direito à imagem na propaganda. Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial, nº 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977-1996, p. 113 a 136. Trimestral. 1987.
- CAMPS MERLO, Marina. Identidad sexual y derecho: estudio interdisciplinario del transexualismo. Pamplona: Eunsa, 2007.
- CANÇADO, Antônio Augusto de Melo. Patrícios e Plebeus Dissertação. Belo Horizonte: Faculdade de Direito, 1946. (Dissertação para concurso da cadeira de Direito Romano), p. 4.

- CANOTILHO, J.J. Gomes Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra Editora: Coimbra, 2004, pgs. 194-200.
- _____. MACHADO, Jónatas E. M. “Reality shows” e Liberdade de Programação. Coimbra Editora: Coimbra, 2003, pgs. 17, 47-48.
- _____. Direito constitucional, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 517.
- _____. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., vol. I. Coimbra Editora: Coimbra, 2007, pgs. 19 y ss.
- _____. Constituição portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pgs. 230-231.
- _____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição (3ª ed.). Almedina: Coimbra, 1999, pgs. 142 y ss.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. Aleixo. O Direito geral de personalidade, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 44 a 106 y ss.
- CAPILLA RONCERO, Franciso. La persona jurídica: funciones y disfunciones. Tecnos: Madrid, 1984, pgs. 34 y ss.
- CARBONNIER, J., Droit civil. 1/Les personnes. Personnalité, Incapacités, Personnes morales, 21ª ed. refundida para Les Personnes y 17ª ed. refundida para Les Incapacités, Paris, 2000, p. 148.
- CARDOSO BRASILEIRO, Roxana Borges. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada, São Paulo: Saraiva, 2005, pgs. 50 y ss.
- CARMELO. Diego de Lora, La consignación judicial. Barcelona, Bosch, 1952, p. 19.
- CARMONA SALGADO, Concepción.. Libertad de expresión e información y sus límites. Edersa 1991.
- _____. “Delitos contra los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la imagen en el anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994” en Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico, 1997, pgs. 534-551
- CARPIZO, Jorge. Derecho a la información, derechos humanos y marco Jurídico. ED. Porrúa y UNAM. México, 2000.

- CARRARD, Jean. O dano estético e sua reparação. *Revista Forense*, vol. LXXXIII. Ano XXXVII. Rio de Janeiro, p. 401 a 411, jul. 1940.
- CARREJO, Simon. *Derecho Civil*. Bogotá: Themis, 1972. Tomo 1. pgs. 172 y 300.
- 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; pgs. 63 – 90.
- _____. “Derecho a la Información y Veracidad Informativa (Comentario a las SSTC 168/86 y 6/88)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, N° 23, Mayo-Agosto 1988, pgs. 187-206.
- _____. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental” en *Revista Jurídica de Asturias*, n° 18, 1994, pgs. 7-30.
- _____. “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor”, en *Derecho Privado y Constitución*, 1996, n° 10, p. 98.
- _____. *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, Barcelona, 1987, p. 93.
- CARRILLO, Marc; “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor”, en *Derecho Privado y Constitución*, 1996, n° 10.
- CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005.
- _____. “A Responsabilidade Social da Comunicação Social” em *Estudos de Direito da Comunicação*, António Pinto Monteiro (coord). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002, pgs. 19-26.
- CARVALHO, A. P. Gambogi. “O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos” in: *Revista de direito do consumidor*, n. 46, pgs. 77-119, abr./jun. 2003.
- CARVALHO, José Luiz Tuffani de. *Constituições estrangeiras*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2003, p. 19.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandineti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 61.
- CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1970, p. 72.

- CASADO CERVIÑO; Alberto. “Interrelación entre la Propiedad Industrial y Propiedad Intelectual: su tratamiento en la vigente legislación española” en Homenaje a H. Baylos: estudios sobre derecho industrial: colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia, 1992, pgs. 97-110.
- CASAS VALLES, Ramón. “Honor, intimidad e imagen: su tutela en la LO 1/82”, en Revista Jurídica de Catalunya, nº 2, 1989; pgs. 9-95.
- _____. “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación” en Poder Judicial, n. 14, junio, 1989, Madrid, pgs. 131-144.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. “Los derechos de la personalidad”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1952, Tomo XXIV, nº 192, pgs. 32-33
- _____. Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo 1º, Volumen 1-II. Editorial Reus, S. - A., Madrid, 1978, pgs. 29 y ss.
- _____. Los derechos del hombre. Reus: Madrid, 1976, pgs. 24 y ss.
- _____. Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- CASTÁN VAZQUEZ, J. M^a. “La protección al honor en el derecho español” en Revista general de legislación y jurisprudencia, diciembre de 1957, Reus, Madrid, 1958, pgs. 4 - 692.
- CASTAÑO, Adoración de. “Libertad de información y derecho de intimidad: medios para garantizarla: Incidencia en el ámbito de la estadística, in: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense–RFDUC (Ejemplar dedicado a: Informática y derecho), n. 12, septiembre, 1986, pgs. 165-196.
- CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; IGUARTUA ARREGUI, Fernando; MARTÍN CASALS, Miguel; SALVADOR CODERCH, Pablo; SANTIDIUMENGE FARRÉ, Josep. El mercado de las ideas, Pablo Salvador Coderch (director), Josep Civil Espona (coordinador del texto), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- CASTRO, L.F. Martins. “Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro” Edipro, 2002, págs. 81- 96.
- CASTRO MENDES, João. Teoría Geral do Direito Civil, vol. 1. Edição AAFDL, Lisboa, 1978, pgs 84 y ss.

- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Honra, imagem, vida pri, vada e intimidade, em colisão com outros direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pgs 27 y 30.
- CAVALIERI FIHO, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo, Malheiros, 1996.
- _____. Programa de responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, pgs. 99 y ss.
- CAZELLES, H. Decálogo, en Sacramentum, Mundi 2, Barcelona, 1982, p. 133 – 137.
- CEA EGAÑA, José Luis, Vida pública, vida privada y derecho a la información: acerca del secreto de reserva, Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales, Universidad Austral, Vol. III, Nº 1 -2, diciembre de 1992, p. 14.
- CENDON, Paolo. Le persone: dirritti della personalità. Turim: Utet, 2000, pgs. 5 y 33.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “Reflexiones en torno al nuevo derecho a la identidad sexual” en Revista General de Derecho, Valencia, N. 89 (2001), pgs. 4947-4962.
- 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, pgs. 503 – 531.
- CHAMOUN, Ebert. Instituições de Direito Romano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, pgs. 55 – 65.
- CHAVES, Antônio. “Direito à imagem e direito à fisionomia” in: Revista dos Tribunais, São Paulo, v.76, n. 620, jun. 1987, pgs. 7-14.
- _____. “Direito de arena, também um direito do juiz” In: Revista brasileira de educação física e desportos, v. 11, n. 50, págs. 33-35, abr./set., 1982.
- _____. “Direito de arena” In: Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo, v. 77, págs. 235-256, jan./dez., 1982.
- _____. Direito de autor. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- _____. Direito a própria imagem, en revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 67, 1972, págs. 45-75.
- _____. Direito à própria imagem. Revista dos Tribunais nº 451, p. 11 a 23, maio de 1973, p. 11.

_____. Direito à própria imagem. Revista Forense, Rio de Janeiro, Ano 68, v. 240, Fasc. 832-833-834, out./nov./dez. 1972, p. 36.

_____. Direitos da personalidade e dano moral, Disponible en: *Juris Síntese Millennium*, Síntese Publicações, nº 44, nov./dez. 2003.

_____. Tratado de direito civil: parte geral, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, tomo I, pgs. 305- 537.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos De Derecho Judicial, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 1993, pgs. 105-148.

_____. “Sobre el derecho de rectificación” en Poder Judicial, Nº 6, 1987, pgs. 71-82.

CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Antônio Cláudio Costa MACHADO (org.) 2ª ed. Barueri/SP: Manole, 2009.

_____. Direito de arena, direito de autor e direito de imagem. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; CHINELLATO, Silmara Juny (org.). Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

CICU-MESSINEO; Trattato di Diritto civile e commerciale IV-1, Milano, 1973, pgs. 25-26.

CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, pgs. 5 y ss.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ. Luis Humberto;. “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de mayo” en Anuario de Derecho civil, Vol. 36, Nº 4, 1983, pgs. 1243-1262.

_____. “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al Honor, la Intimidación e la propia Imagen” en Cuadernos de Derecho Judicial, en Anuario de Derecho Civil – Honor, Intimidación e Propia Imagen, Madrid, 1993, p. 367.

_____. “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad” en Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, pgs. 104-116.

- COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 18.
- COING, H. Derecho privado europeo, trad. Pérez Martín, Madrid, 1996.
- COLLARD, Royer; De la Liberté de Resse (Discours), Paris, 1949, p. 98.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Bosch Casa Editorial S.A: Barcelona, 1996.
- _____. “El consentimiento en la ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces”, en La ley, 1997-I, p. 1839
- CONSTANT, Benjamin. “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos” en Escritos Políticos. Traducción, estudio preliminar y notas de María Luisa Sánchez Mejías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pgs. 257 y ss.
- CONSTITUÇAO Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, pgs. 19-20.
- CORDEIRO MENEZES, António. Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas. Almedina: Coimbra, 2004, pgs. 31 y ss.
- _____. “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa” em Revista da Ordem dos Advogados, 2001, vol. 61, T. III (2001), pgs. 1233-1238.
- CORNU, G., Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens, 11^a ed., Paris, 2003, pgs. 248-249.
- CORONEL CARCECEN, F. Francisco. La Protección del Derecho a la Vida Privada en Internet y Otros Medios de Comunicación Eletronicos.
- CORREIA, Luís Brito. Direito da Comunicação social, vol. 1. Almedina: Coimbra, 2000, pgs. 587 -594.
- CORTIANO JR., Eroulths. A teoria geral dos direitos da personalidade. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná. Curitiba, v. 5, n. 5, 1996, p. 24.
- _____. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. pgs. 32 y ss.
- COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. Reparação do dano à imagem das pessoas jurídicas. Tese. (Doutorado em Direito Civil comparado sob orientação de Maria

- Helena Diniz) Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.
- COSTA JUNIOR, Paulo J. O Direito de se estar so: tutela penal da intimidade, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pgs 74 y ss.
- COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no Brasil Ministerio da educação e cultura, Ed. LTD, São Paulo, 1982, pgs. 58.
- _____. “Direito de arena, a defesa do atleta” In: Revista brasileira de educação física e desportos, v. 10, n. 47, pgs. 11-12, jul./set., 1981.
- COUSIDO GONZÁLEZ, M. Pilar. Derecho de la comunicación. Vol. I: Derecho de la comunicación impresa. Vol. II: Derecho de la comunicación audiovisual y de las telecomunicaciones. Madrid, 2001.
- 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, pgs. 112 y ss.
- COUTO, A.C. Felipe do. “Os cadastros restritivos de crédito” em: Informativo jurídico consulex, v.17, n. 42, pág.11, 20 out. 2003.
- COVIELLO, N., Manuale de diritto civile italiano, 3ª ed., Milán, 1924, p. 26.
- CREMADES & CALVO-SOTELO. Ley 34/2002 de Servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico. Partida doble, ISSN 1133-7869, Nº 139, 1, 2002, págs. 120-129.
- CREMADES, Javier; Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español, Madrid, 1995, pgs. 152 y ss.
- CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995, pgs 85 y ss.
- _____. Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia, Madrid, 1994, pgs. 106.
- CRETELLA Jr., José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988: Artº1 a 5º, I a LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

- CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas” en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 12, Nº 35, 1992, pgs. 63-84.
- _____. “Los derechos al honor y a la intimidad como límite a la libertad de expresión, en la doctrina del tribunal constitucional” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, pgs. 93-104.
- CUCHI DENIA, Javier Manuel; “La libertad de información versus el derecho al honor. ¿ De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera?”, en *Revista General del Derecho*, 1996, nº 619, pgs. 3490-3492.
- _____. “La nueva regulación penal del derecho al honor y su incidencia en la libertad de información”, en *Revista General del Derecho*, 1998, nº 649-650, pgs. 12375-12376.
- CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. “A disciplina normativa brasileira sobre a intimidade e os bancos de dados” in *Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 09, n.18, Segundo Semestre 2007, pgs. 56-84.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Aplicado: viver a Constituição, a Cidadania e os Direitos Humanos*, p. 209.
- D’ALVA, Milena FONT-GALLAND. “O direito à imagem e a liberdade de imprensa” in *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, v.6, n.21/22, pgs. 241-249, abr./jul., 2004 (p. 244).
- DA CUNHA E CRUZ, M. Aurélio. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Nº 22. Segundo semestre de 2009.
- DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pgs. 100-111.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Rio, 1974. p. 194.
- _____. *Programa de direito civil: parte geral*. 4. a tiragem Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 191.

- DEBRAY, Régis. *Manifestos Midiológicos*. Petropólis: Vozes, 1995.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “Los llamados derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pgs. 1260 y ss.
- _____. “Los bienes de la personalidad”, en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, p. 7.
- _____. “Los llamados derechos de la personalidad” en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, vol. II, Madrid, 1997, pgs. 873-906.
- DE COSSÍO, Manuel; *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia, 1993, pgs. 45-46.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. pgs. 24 y ss.
- _____. *Os direitos da personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Quorum, 2008.
- _____. *I diritti della personalità*, Tomo II, Vol. I en *CICU*, Milano, 1961, p. 175-177.
- _____. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Livraria Morais Editora (Coleção Doutrina): Lisboa, 1961, pgs. 17 y ss;
- DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Anotada por Martinho Garcez. 5 de. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1915.
- DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción. “El derecho a la propia imagen de los personajes públicos: algunas reflexiones a propósito de las 139/2001 (Caso Cortina) y 83/2002 (Caso Alcocer)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, n. 67, enero-abril de 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 285-315.
- DE LA QUADRA SALCEDO, T.; *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, pgs. 14-15 y 83-102,
- _____. FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1991, nº 61, pgs. 130 y ss.
- DE LA VALGOMA, María. “Comentario a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” en *Anuario de Derechos Humanos*, n.2, Marzo 1983, Tomo II, Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, pgs. 647-671.

- DE LAMA AYMÁ, Alejandra; “Derecho a la libre formación de la conciencia ideológica y religiosa y derecho a la educación”, en *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Valencia, 2003.
- DE MESA GUTIERRÉZ, José Luis. “Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen y las libertades de expresión e información” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993; pgs.385-393.
- DE VERDA Y BEAMONDE, J. Ramón. *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.
- DEL VECCHIO, Giorgio. “Sui principi genera li del diritto”, S. Tipografico Modenese, 1921, Modena, n. 7, pág. 41.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús en LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Elementos de derecho civil*, Tomo I, Vol. 2º, Madrid, 2000, pgs. 52, 84-85.
- DELGADO, Mario; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo código civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003, v.1, pgs. 26 y 39.
- DELGADO TRIANA, Y. *Ley de las XII Tablas. Tabla VII, titulada de los delitos, establece: La pena de injuria sea de 25 ases; Si alguno con injuria de palabra o escrito infamase a otro muera azotado*, 2007, pgs - 2 y ss.
- _____. *Tesis de Doctorado en ciencias jurídicas. Los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral*, 2007, p. 8 y ss.
- DESBOIS, H. *Le droit d’auteur en France*, Dalloz, 1978, pgs. 569 y ss.
- DIAS, Jaqueline Sarmiento. *O direito à imagem*. Belo Horizonte. Del Rey, 2000, pgs. 13 - 41.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 12ª ed. rev., atual. aumentada Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias* (3ª ed. rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 1996, pgs. 1190-1193.

- DÍEZ DÍAZ, Joaquín. ¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona ? Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1963, pgs. 19 y ss.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. Sistema de derechos fundamentales, 3ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor. Navarra, 2008, p. 3.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil: introducción, derecho de la persona, negocio jurídico, V.1. Madrid: Tecnos, 1976.
- DÍEZ-PICAZO, L-GULLÓN BALLESTEROS, A.; Sistema de Derecho Civil, Tomo I, Madrid, 1975, pgs. 314 y ss.
- _____. Sistema de Derecho Civil, Vol. III, Madrid, 1993, pgs. 236-237.
- _____. Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Madrid, 1992, pgs. 360 y ss.
- 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, pgs.79 y ss.
- _____. Curso de direito civil brasileiro. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. pgs. 116 y ss.
- _____. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo Saraiva, 2004, v. 7, pgs. 75 y ss.
- _____. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. Vol. 1. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. Vol. 7. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DOMÍNGUEZ GREGORIO, Pablo. “Información y comunicación de masas en las democracias representativas” en <http://www.redcientifica.com/doc/doc200303150300.html> .

- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M^a Candelaria. “Sobre los derechos de la personalidad” en *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, Universidad de la Sabana Colombia, N^o. 12, 2003.
- DONEDA Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003, p. 44.
- DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e Direito à Identidade Genética*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.
- DONNELO DE CASTRO, Federico. “Los llamados derechos de la personalidad” en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, vol. II, Madrid, 1997, pgs. 873 - 906 (876 y 877).
- DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação: à luz do no Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1990.
- _____. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 156.
- _____. O direito ao esquecimento e a proteção do Habeas Data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Habeas Data*. São Paulo: RT, 1998.
- DREYER, E. “Pitié pour le Code civil (Au sujet d’une proposition de loi ‘visant à donner un cadre juridique au droit à l’image et à concilier ce dernier avec la liberté d’expression’”, PA 6 marzo 2004, pgs. 3-4.
- DUARTE, Fernanda et al. (Coord). *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pgs. 138 y 252.
- DUCHACEK., Ivo D. "Derechos y libertades en el mundo actual", traducción de Octavio Monserrat Zapater, Colección ciencia política, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, pgs. 293 y ss.

- DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo. Editora Saraiva, 1988, pgs. 33 y ss.
- _____. *Filmagem e televisionamento de espetáculo público*. *Revista dos Tribunais*, v. 446, p. 52, dez. 1952.
- DWORKIN, R. M. (comp.): *La Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, págs. 35-74 (publ. orig. en 1958).
- ECHEGOYEN, R. *El marco jurídico de la Sociedad de la Información: los retos pendientes*, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, ISSN 0210-9565, Nº 1-2, 2001, pgs. 65-94.
- ECHEVERRIA, José Javier. *Educación y nuevas tecnologías: el plan europeo "E-learning"* *Revista de educación*, ISSN 0034-8082, Nº 1, 2001 (Ejemplar dedicado a: *Globalización y educación*), pgs. 201-210.
- ÉLIA MARINA PEREIRA CHAMBEL en “*A vídeovigilância 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, pgs. 503-531.
- ENNECERUS, L., KIPP, T y WOLFF, M. *Tratado de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1966, p. 424.
- ENRICH. *El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión*. *Revista Jurídica de Cataluña*. Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación (1985), n. 3, 2 004, pgs. 795-812.
- ESPINAR VICENTE, José María. “*La primacía del Derecho a la información sobre la intimidad y el honor*” en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, San Miguel Rodríguez-Arango (Editor), Madrid, Tecnos, 1992, pgs. 46-67.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo*. Editorial Civitas: Madrid, 1989, pgs 25-26, 37-38.
- _____. “*El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (II)*” en *Actualidad Civil*, Nº 25, Semana 18-24 de Junio de 1990 (2), XXV, Editorial Civitas: Madrid, p. 373.
- _____. *El derecho al honor en la ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo*, Madrid, 1988, p. 23.

- FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000, p. 22.
- _____. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pgs. 60 y ss.
- FACHIN, Zulmar Antonio. A Proteção Jurídica da Imagem (prefácio de René Ariel Dotti). São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, pgs. 26 y ss.
- FARIAS, Cristiano Chaves. Escritos de Direito de Família. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.
- FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 155.
- FARIÑAS MATONI, Luis M. El derecho a la intimidad, Editorial Trivium: Madrid, 1983, passim) estudia el origen teológico, filosófico y el científico-jurídico del derecho a la intimidad, p. 264.
- FAYÓS GARDÓ, Antonio. Derecho a la intimidad y medios de comunicación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, págs. 25 y ss.
- FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética. Caxias do Sul: Plenum, 2007.
- FELIU REY, Manuel Ignacio. ¿Tienen honor las personas jurídicas? Tecnos: Madrid, 1990, p. 9.
- FERNANDES, Milton. Direitos da personalidade e Estado de direito. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, nº 50, janeiro de 1980, pgs. 145, 164-165.
- _____. Proteção Civil. São Paulo: Saraiva., p 173.
- _____. Temas de direito civil, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 145.
- _____. Os Direitos da Personalidade. In: BARROS, Hamilton de Moraes (coord.). Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERNÁNDEZ ESCOBAR, Jorge. La Comunicación Corporativa. Caracas.2007. Disponible en <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyppEyllpuxxuTFZh.php>. visitado en fecha octubre 2011.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, Maria Luisa. Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales, Madrid, 1998.

_____. El impacto de las nuevas tecnoligias e Internet en los derechos del art. 18 de la Constitución. Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Extremadura, N° 17, 1999, pgs. 523-544.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles. “Protección civil y constitucional del derecho a la imagen: (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo 905/1997, de 21 de octubre y del Tribunal Constitucional 139/2001 de 18 de junio)” en Actualidad Civil, N° 2, 2002 , pgs. 689-700.

FERNÁNDEZ, E. “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en Anuario de Derechos humanos, 1981, n° 1, pgs. 99-101.

_____. Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: GAVALDAO Jr, Jayr Viegas; PIZOLIO, Reinaldo, Sigilo fiscal e bancário. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FERRARA, Francesco. Teoría de las personas jurídicas, (traducida de la 2ª ed. revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury; edición y estudio preliminar "¿Una persona inerte? de la teoría al "problema de la Interpretación" de las personas jurídicas" a cargo de José Luis Monereo Pérez y Cristóbal Molina Navarrete), Albolote (Granada): Comares, 2006), redactada en 1915.

_____. Trattato di Diritto civile italiano, vol I, p. 408, Roma, 1921.

FERRARA, Luigi. II Diritto di Autore, Jovene, Nápoles, 1940, pgs. 39-90.

FERRARI, Amauri Pinto. Calúnia, injúria e difamação. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

FERRARI, Janice Helena. “Direito à própria imagem”. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.RT, Ano 1, n. 4, julho-setembro de 1993, pgs. 139 y 145.

FERRARI, Vincenzo. “Entre imagen e identidad” in La protección del derecho a la propia imagen en los medios de comunicación (Jornadas), Colección: “Publicaciones del Consejo Audiovisual de Navarra”, n.º2, octubre de 2003, pgs. 23-36.

- FERRATER Mora, José. Diccionario de Filosofía. V. 2. Madri: Alianza, 1981.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, in Sigilo fiscal e bancário, p. 18.
- FERREIRA, Aúrelio Buarque de H., Imagem – em pequeno dicionário da língua portuguesa, Rio de Janeiro, p. 742.
- FERREIRA, Waldemar Martins. História do Direito Constitucional Brasileiro. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Supremo Tribunal Federal, 2003.
- FERRI, Luigi. La autonomía privada (trad. Luis Sancho Mendizábal, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 5.
- FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005, p. 20.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro, p. 220.
- FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 14.
- FIUZA, Ricardo; et. All. Novo Código Civil Comentado, São Paulo: Saraiva, 2002, pgs. 31-33.
- FLORÊNCIO, Gilbert Ronald Lopes. Direitos da personalidade no novo código civil. São Paulo: LED, 2005. p. 146.
- FLORENSA TOMÀS, Carlos Enric. Persona Física. In: Nueva enciclopedia jurídica. Barcelona: Seix, 1989.
- FONTES JUNIOR, João Bosco. Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão. Teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 38.
- FORNER Y DELAYGUA, J.J.; Nombre y apellidos. Normativa interna e internacional, Barcelona, 1994, p. 22.
- FRANÇA, Limongi Rubens. Institutos de proteção à personalidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 57, nº 391, maio de 1968, p. 22..

- _____. Manual de Direito Civil, v. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pgs 403 y ss.
- _____. Manual de direito civil, v. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1958, pgs. 411-412.
- _____. (Coord.). Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo, SP: Saraiva, 1977, v. 25. pgs. 68-69
- _____. (Coord.). Enciclopédia Saraiva do direito: direito processual, dissolução de sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 28, p. 140.
- _____. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais, in RT 567, janeiro de 1983, p. 14.
- _____. Do nome civil das pessoas naturais. 3ª ed. São Paulo: RT, 1975.
- _____. Direitos da Personalidade I. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). Enciclopédia Saraiva de Direito: vol. 28 (direito processual – dissolução de sociedade anônima). São Paulo: Saraiva, 1979.
- _____. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. Revista dos Tribunais nº 567, pgs. 9 - 16, jan. de 1983.
- _____. Reparação do dano moral. Revista dos Tribunais nº 631, ano 77, pgs. 29 - 37, maio de 1988.
- 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, ago. 2003, pgs. 59-61..
- FRANQUET SUGRAÑES, M. Teresa, El contrato de personality merchandising, 2005, Valencia, pgs. 195 y ss.
- _____. El contrato de personality merchandising, Valencia, 2003, pgs. 236 y ss.
- FREIXAS GUTIÉRREZ, Gabriel. La protección de los datos de carácter personal en el derecho español. Bosch, Barcelona, 2001, pgs. 179.
- FREIXES SANJUAN, T. Libertades informativas e integración europea, Colex, Madrid, 1996.
- FROSINI, Vittori. Il diritto nella società tecnologica. Milano Giuffrè, 1981, pgs. 279-280.

- FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado. *Revista Forense*, v. 411, p. 97 a 131, set./out. 2010.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade antiga; estudos sobre o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1998, pgs. 17-120.
- GACTO Fernández, Alejandro Garcia y Garcia Maris (Enrique; Juan Antonio; José María. *Manual básico de Historia del Derecho Madrid*, 1997, p. 414)
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.1, p. 146 y ss.
- _____. PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GALÁN-JUÁREZ, Mercedes. “Derecho a transmitir libremente información veraz” en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 55, vol. II, 2006, pgs. 597-617.
- GARCÍA ARÁN, M-MUÑOZ CONDE, F. *Lecciones de Derecho Penal. Primera Parte: Fundamentos de Derecho Penal*, Sevilla, 1991.
- GARCIA ASPILLAGA, Raúl; *La vida privada y la intimidad de las personas*. Tesis de Grado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1988, p. 34.
- GARCÍA CANALES, M. “Principios generales y principios constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 64 (nueva época), 1989, pgs. 131-162.
- GARCÍA GARCÍA, Clemente. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia: Universidad de Murcia, Departamento de Derecho civil, 2003.
- _____. GARCÍA GOMEZ, Andres. *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*. Murcia, 1994, pgs. 25 y ss.
- 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.
- _____. El ejercicio de los Derechos de la Personalidad del Menor no Emancipado. Editorial Aranzadi, 2004, p. 76.
- GARCÍA GOYENA, Florencio. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, Tomo I-II, Barcelona, 1973.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; “Estado democrático y libertad de expresión”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1982, nº 64, p. 172.
- GARCÍA PÉREZ, C. Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982. Tirant lo Blanch: Valencia, 2001, pgs. 19-20.
- GARCÍA RODRÍGUES, Lourdes: "Europa hacia la sociedad de la información": últimas iniciativas de la Unión Europea, en Retos de la sociedad de la información estudios de comunicación en honor de María Teresa Aubach Guiu / coord. por Gerardo Pastor Ramos, 1997, ISBN 84-7299-391-4, pgs. 513-522.
- _____. Voz “Imagen (derecho a la propia)”, Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1962, p. 301.
- GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis; “Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (Editor); Estudios sobre el derecho a la intimidad, Madrid, 1992, p. 19.
- GARCÍA VITORIA, Aurora. El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1983, pgs. 17 y ss.
- GARCIA, Enéas Costa. “Direito à identidade pessoal” in Atualidades Jurídicas, 3 (coord. Maria Helena Diniz). São Paulo: Saraiva, 2001, pgs. 165-197.
- GARCIA-PELAYO JURADO, Gemma. Las telecomunicaciones y la sociedad de la información en la Unión Europea, en Derecho de las telecomunicaciones / coord. por Javier Cremades García, 1997, ISBN 84-7695-341-0, pgs. 287-306.

- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. “Datos personales y protección del ciudadano” en Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, N°. 87, 1997, pgs. 71 – 98 (p 76).
- GARRORENA MORALES, Ángel; El Estado español como Estado social y democrático de derecho, Madrid, 1992, pgs. 165 y ss.
- GARUTTI, Massimo; Il diritto all’ onore e la sua tutela civilistica, Padua, 1985, p. 11.
- GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo. Curitiba, PR: Moinho do Verbo, 2000, p. 82.
- GERPE LANDÍN, Manuel-FERNÁNDEZ DE FRUTOS, Marta- MATEU VILASECA-RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, M^a José- VALLÈS VIVES, Francesc; “El conflicte entre la llibertat d’informació i el dret a l’honor en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en Revista Jurídica de Catalunya, 1997, n° 2-3, p. 433.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.; “La relación jurídica y el derecho subjetivo”, en PUIG I FERRIOL, L.-GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GIL RODRÍGUEZ, J.-HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; Manual de Derecho civil, Tomo I, Barcelona-Madrid, 2001, p. 459.
- GIMÉNEZ CORTÉS, J. Comentarios a la Constitución Española de 1978 (dir. Óscar Alzaga Villaamil), Madrid, 1999.
- GINESTA AMARGOS, J. Ius imaginis, en Revista Jurídica de Catalunya, n. 4, 1983, pgs. 904 y ss.
- GIORGIO DEL VECCHIO es: “Sui principi genera li del diritto”, S. Tipografico Modenese, 1921, Modena, n. 7, p. 41.
- GITRAMA GONZALES, M., El derecho a la propia imagen, hoy, Madrid, 1988, p. 208.
- _____. “Derecho a la propia imagen”, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Tomo XI, Barcelona, 1962, p. 335.
- _____. “Derecho a la propia imagen”, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Tomo XI, Barcelona 1979, pgs. 301-376.
- _____. “El derecho a la propia imagen, hoy”, en Libro homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, vol. VI, Madrid, 1990, p. 205.

- _____. “Imagen (derecho a la propia)” en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix XI, Barcelona, 1962, pgs. 301-376;
- _____. Imagen (derecho a la propia), Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.Tomo XI, Barcelona 1979, pgs. 301 y ss.
- _____. Voz. Imagen, derecho a la propia, Barcelona, 1962, pgs. 340 y ss.
- _____. “El derecho a la propia imagen hoy” in Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España / Consejo General del Notariado, Madrid, 1998, Vol. VI, pgs. 203-252.
- _____. “Imagen (Derecho a la propia)”, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1979, Tomo XII, p. 354 y “El derecho a la propia imagen, hoy”, en op. cit., p. 227.
- _____. “Imagen”, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1962, p. 345.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001, pgs. 65 y 74-75.
- GOMES CANOTILHO y Machado, CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “Reality shows” e Liberdade de Programação. Coimbra Editora: Coimbra, 2003, p. 8.
- _____. V. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1º, Coimbra, 1984.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 132. Véase al respecto alentado el estudio de Carlos Alberto Bittar, in “Justitia”, vol. 99, pgs 123 y 136.
- _____. Direitos da personalidade. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 216, 1966, pgs. 10 y ss.
- _____. Introdução ao Direito Civil. 12. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1996, p. 149.
- _____. Introdução ao Direito Civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pgs. 136 y ss..
- _____. Introdução ao direito civil. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 168.
- _____. Memória justificativa do anteprojeto de reforma do código civil. Código Civil: anteprojeto, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 2, 1989, pág. 162.

- _____. Obrigações. 14ª ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. “Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación trans fronteriza”. Madrid: Dykinson, 2007.
- GÓMEZ DE AMEZCUA, Baltasar. Tractatus de potestate in se ipsum – Mediolani : apud H. Bordonum, 1609, p. 480.
- _____. O direito à imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 41.
- GÓMEZ PAVÓN, P. La intimidad como objeto de protección penal. Ediciones Akal, Madrid, 1989, pgs 12 y ss.
- GÓMEZ POMAR, Fernando. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Nº. 1, 2000.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. Los Derechos en Europa, UNED, 2000, 2ª. Ed, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: parte geral. V.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.
- _____. Direito civil brasileiro: parte geral. Vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil. Vol. 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Responsabilidade civil. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, LÓPEZ, de Carvalho Ribeiro. “Abordagem constitucional do banco de dados” in: Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, v.2, n.7, pgs. 56-68, fev./mar. 2006.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, M.; El derecho moral de autor en la Ley española de Propiedad Intelectual, Madrid, 1993, pgs. 44 y ss.
- GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa. El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales. Institut de Ciències Polítiques i Socials: Barcelona, 1994.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. La degradación del derecho al honor – honor y libertad de información. Madrid: 1993, pgs. 32 y ss.

- GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I)” en Derecho penal español: parte especial, (coord. Manuel Cobo del Rosal), 2005, pgs. 341-380
- GONZÁLEZ VEGA, Javier. “Derecho a la identidad sexual: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” En: Revista General de Derecho Europeo [Recurso electrónico], Madrid: Portalderecho, 2003, Núm. 1 (2003), p. 23.
- 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, pgs. 349-374.
- _____.. “El derecho a la imagen, objeto de la jurisprudencia constitucional”, en Revista Vasca de Administración Pública, n.42, mayo-agosto de 1995, pgs. 349-374.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais atípicos. Aequitas Editorial Notícias: Lisboa, 1995.
- _____.Manual de Direito Constitucional, vol 1. Coimbra, 2005, p. 427.
- GRECO, Paolo - VERCELLONE, Paolo. I diritti sulle opere dell'ingegno, Torino, 1974, p. 346.
- GRIMALT SERVERA, Pedro. La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales, Granada, 1999, p. 290
- 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, jan., 2003, pgs. 54-63.
- GUERRA, Amadeu. A Privacidade no local de trabalho, As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de Sistemas automatizados uma abordagem ao Código do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2004.
- GUERRA, Sylvio. Colisão de direitos fundamentais: imagem x imprensa. Rio de Janeiro: BVZ, 2002. pgs. 8-9.
- GUERRERO LEBRON, Macarena. La protección jurídica del honor “post mortem” en Derecho Romano y en Derecho Civil. Editorial Comares, Granada: 2002
- GUSSO, Moacir Luiz. Dano moral indenizável, (Manual teórico e prático: doutrina, legislação, súmulas, jurisprudência, prática). São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000;

- H.L.A. HART (1980): El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral, en DWORKIN, R. M. (comp.), *La Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, pgs. 35-74 (publ. orig. en 1958).
- HÄBERLE Peter. *La libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 59.
- _____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley* (trad. Joaquín Brague Camazano). Dykinson: Madrid, 2003, pgs. 18 y 19.
- _____. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional* (trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Editorial Trotta: Madrid, 1997, p. 45.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 87.
- _____. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.
- 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, pgs. 30 y 163.
- HEREDIA Y CASTAÑO, Beltrán de. *Programa de derecho civil 1º (introducción y derecho de personas)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1954, p. 33.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica” En: *Revista de Derecho Privado*, Núm. julio -agosto (2005), pgs. 19-74.
- HERNANDEZ GIL, A.; “La Constitución, el derecho el ordenamiento y los valores”, en *Obras Completas*, Madrid, pgs. 435 y 451-452.
- HERRERA BRAVO, Rodolfo. Chile: *Por qué la Protección de Datos Personales es una garantía básica de los Derechos fundamentales ?* Pág. 2 de texto publicado en: http://vlexcom/redi/No_38_-_Septiembre_del_2001/14 visitada en febrero de 2015.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Editorial Colex: Madrid, 1994, pgs. 20 y ss.

- _____. La intimidad como derecho fundamental, Madrid, 1998, pgs. 80 y ss.
- _____. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, pgs. 109/110 y 329.
- _____. Escritos de Derecho Constitucional (trad. Pedro Cruz Villalón). Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1983, pgs. 8 – 9.
- HERVADA, Javier. “Concepto jurídico y filosófico de persona”, en La ley, 1981, nº1, pgs. 942-946.
- HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado, Madrid, Civitas, 1995, p. 69.
- HIGUERAS, I. Valor comercial de la imagen: aportaciones del “right of publicity” estadounidense al derecho a la propia imagen, Navarra, 2001.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Se eu soubesse que ele era meu pai... (direito à identidade genética)” in: Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2001/2002, v. 2/3, n. 2/3, pgs. 121-134.
- HOMEM, António Pedro Barbas. “O preço da honra” em Boletim da Ordem dos Advogados, nº 30, Jan-Fev 2004, pgs. 4-9.
- HOUAISS, Antônio. Minidicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 283.
- _____. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- _____. Dicionário Houaiss de Sinônimos e Antônimos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.
- HORN, Nobert. Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2005.
- HUALDE SÁNCHEZ, J.J. en PUIG FERRIOL, L.-GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.- GIL RODRÍGUEZ, J.-HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; Manual de Derecho Civil, Tomo I, vol. I, pgs. 348 y ss.
- HUBERT ALCARAZ “El derecho a la intimidad en Francia en la época de la sociedad de la Información: Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut - être jamais, peut être demain!” in ARAUCARIA - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Año 9, Nº 18, Segundo Semestre de 2007, pgs.6 – 28.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: (Artigos: 137 a 154)*. Vol. VI. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955.

IGUARTUA ARREGUI, F. “Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad. Derecho de información” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 1988, nº 18, pgs. 973-978.

_____. “La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos. Editorial Tecnos S. A., Madrid: 1991, pgs . 16-17 y 323.

_____. “El derecho a la imagen en la jurisprudencia española”, en *El Mercado de las ideas*, Pablo SALVADOR CODERCH, dir. Madrid, 1990, pgs. 322 – 324.

_____. “La protección de las aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte, *La Ley*, núm. 1, 1990, pgs. 1066 y ss.

_____. “Responsabilidad civil extracontractual. Ofensa al honor. Congruencia. Estipulación en favor de un tercero. Contrato de publicidad con la Compañía Telefónica” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 7, 1985, pgs. 2235-2252.

_____. “Derecho a la imagen. Utilización de fotografía para fines electorales. Indemnización del daño moral; revisión del quantum” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 14, 1987, p. 4561-4578.

IGLESIAS CUBRÍA, Manuel. *Derecho a la intimidad*. Universidad de Oviedo, 1970, pgs. 21-22.

IHERING, R. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres, Comares, Granada, 1998, I, pgs. 110 y ss.

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, pgs. 11-44

_____. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pgs. 255-6.

JAMES Q. Whitman sostiene que la contribución de estos autores no pueda valorarse “como una gran innovación estadounidense, sino como un fallido trasplante continental”

- “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty”, Yale L. J., vol. 113, April 2004, pgs. 1.202 y ss.
- JARA ROYO, J., La Protección del derecho a la propia imagen, Madrid, 1997, pgs. 116 y ss.
- JIJENA LEIVA, Renato. La nueva ley chilena de protección de datos personales, N° 19.628, del 28 de agosto de 1999.
- JORDÃO, Levy Maria. Commentario ao Codigo Pernal Portuguez. Tomo IV. Lisboa: Typografia de José Baptista Morando, 1854.
- JORQUERA, Francisco. Manual de Derecho Romano. Santiago, 1945, p. 155.
- JOSSERAND, Louis. Derecho civil: teorías generales del derecho y de los derechos. Las personas. Vol I. Buenos Aires: Bosch (Ed. Jurídicas EuropaAmérica), 1950.
- KAISER, Pierre. La protection de la vie privée. Presses Universitaires d'Aix- Marseille, 2e Edition, 1990, pgs. 4 – 9.
- KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Santa Fe: El Cid Editor, 2003, passim.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad; João Batista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pgs. 191-194.
- _____. basado el estudio de KEISSNER, proponía KEISSNER la teoría del derecho a la propia imagen (Das Recht am eigenem Bild). KOHLER, Joseph. A própria imagem no direito, p. 2, nota 1.
- KOHLER, “A própria imagem no direito” (trad. Walter Morales), *In revista Interamericana de derecho intelectual*, vol. 2, n. 2, jul/dic., 1979, pgs.50 -67.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; “El ejercicio *post mortem* dels aspecto moral de la propiedad intelectual”, *Temis*, 1962, n° 11, pgs. 37-38
- LAMA AYMÁ, Alejandra de. La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pgs. 48 y ss.
- LARA AGUADO, A.; El nombre en derecho internacional privado, Granada, 1998, pgs. 11 y ss
- LARA, F. Código de Hammurabi, Editorial Nacional, Madrid, (1982).

- LARENZ, Karl. Derecho Civil, Parte General, (trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías - Picavea). Editorial Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho Reunidas): Madrid, 1978, pgs. 44 -46.
- _____. “El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana”, en Revista de Derecho Privado, 1963, pgs. 639-64.
- _____. Tratado de Derecho Civil. Parte General (Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea), Jaén, 1978, pgs. 97-98 y 160-165.
- LASARTE, Carlos. "Compendio de derecho de la persona y del patrimonio: trabajo social y relaciones laborales", Madrid, España, Editorial Dykinson, 2011. n. 229, pgs. 54-63, jan., 2003.
- LEITE DE CAMPOS, D., A indemnização do dano da morte; BFDUC, Vol. L, 1974, pgs. 294-295.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. “El derecho a la imagen de las cosas propias” en Revista general de legislación y jurisprudencia, Nº 2, 2007, pgs. 215-236.
- LEWICKI, Bruno. “Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada” in Revista Trimestral de Direito Civil RTDC, v. 07, nº 27, pgs. 211-219, jul./set., 2006.
- LIMA, Arnaldo Siqueira de. “O direito à imagem” em Revista dos Tribunais, ano 90, vol. 792, outubro de 2001, Primeira Seção, pgs. 451-463, Íd. O direito a imagem: proteção jurídica e limites de violação Brasília: Universa, 2003, pgs. 23, 451-463
- LIMBERGER, T. “A informática e a proteção à intimidade” in Revista de Direito Constitucional e Internacional, v.8, n.33, págs. 110-124, out./dez 2000.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.; El nombre y los apellidos, Madrid, 1992, pgs. 20 y 24.
- LINDON, Raymond. Les droits de la personnalité, París, 1974.
- _____. Les droits de la Personnalité. Dalloz: Paris, 1983, p. 276.
- LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos, Tomo I. Ediciones UNESCO-CERLALC-ZAVALIA. Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.
- LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: teoria geral do direito civil. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- LLAMAZARES CALZADILLA, M^a Cruz; Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, Madrid, 1999, pgs. 275 y ss.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. Derecho de la Libertad de Conciencia II –libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación. Madrid, Civitas, 1999, pgs 29 y ss.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n. 141, 1999, p. 100.
- _____. Danos morais e direitos da personalidade. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Patmas, nº 6:79-97, jun. 2001; CUPIS, Adriano de. I diritti della personalità. Milao: Dott, A. Giuffrè, 1959, p. 14.
- _____. Direito das obrigações. Brasília; Brasília Jurídica, 1999, p. 58.
- LOMBARDO ENRIQUEZ, J. Manuel. Sáiz Alvarez, José Manuel. e-Europe 2005: la convergencia de España en la Sociedad de la Información Documentos de Trabajo Nebrija. Serie Módulo Europeo Jean Monnet, Nº. 10, 2005.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. v. 1. 8^a ed. José Serpa Santa Maria (rev. e atual.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995/96.
- LOPES, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 3^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira. O direito à informação e as concessões de rádio e televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 182.
- LOPÉZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina. Dykinson, Madrid: 1996, p. 51.
- LÓPEZ JACOISTE, José Javier. “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, en Anuario de Derecho Civil, Vol. 39, nº 4, 1986, pgs 1059 – 1120 (p. 1070).
- LOPEZ MENENDEZ, Ana Jesús; Vicente Cuervo, María Rosalía. La estrategia española para el desarrollo de la sociedad de la información, Boletín económico de ICE, Información Comercial Española, ISSN 0214-8307, Nº 2881, 2006, págs. 63-76.

- LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices –publicitarios: Vision Net, 2005, pgs. 23 y ss.
- LOTUFO, Renan. Código civil comentado: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1, pgs. 79 y ss.
- _____. Curso avançado de direito civil: parte geral. São Paulo: RT, 2002, v.1., pgs. 42 y 79.
- LUCES GIL, F., “Introducción al estudio de los principales signos verbales complementarios de individualización de las personas naturales”, en Pretor, 1977, nº 96, pgs. 5-28.
- _____. El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico, Barcelona, 1977, pgs. 76-78.
- LÚCIO, Álvaro Laborinho. “A genética e a pessoa - o direito à identidade” In: Revista do Ministério Público, Vol. 22, t. 88 (2001), pgs.7 y ss.
- LUIGI FERRARA. en un trabajo sobre Derecho Comparado (II Diritto di Autore, Napoli, Jovene, 1940, pgs. 39 y 90.
- LUNA SERRANO, Agustín; Elementos de Derecho Civil. Derechos reales, III-1, Madrid, 2000, p. 344.
- LUÑO PEÑA, E. El derecho natural, La Hormiga de Oro, España, 1950, p. 117.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Protección penal de la intimidad y derecho a la información” en Estudios sobre el derecho a la intimidad (coord. por Luis García San Miguel Rodríguez-Arango), 1992, p. 91.
- M De COSSÍO. Derecho al honor. Técnicas de protección y límites, Valencia: 1993.
- MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância (Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães de 31.3.2004, Proc. 415/04)” em Cadernos de Direito Privado, vol. 11, Jul/Set, 2005, pgs. 47-62 (p. 57).
- MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra Editora: Coimbra, 2002, pgs. 754 y ss.
- MADRID CONESSA, Fulgencio. Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho. Universidad de Valencia, 1984, passim.

- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. “Direito da personalidade no novo código civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana” in: Questões controvertidas no novo código civil (v.1). São Paulo: Método, 2004, pgs. 45-90.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, CARLOS J (coordinador). Codificación, persona y negocio jurídico. Editorial Bosch, Barcelona: 2003, pgs. 241 y ss.
- MANSO, Eduardo Vieira. Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 85.
- MANTONI, Luis Maria. El derecho a la intimidad. Edit Trivium. Madrid, 1983, p. 319.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luís. “El Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Alemán”, Boletín de información, Madrid, a.45n.1619, 05 de diciembre de 1991, pgs. 6124 – 6130.
- MARCEN NAVAL, Ara. Mundialización y sociedad de la información en la Unión Europea Zaragoza: Real Instituto de Estudios Europeos, 2002.
- MARIANO BACIGALUPO (“La aplicación de la doctrina de los «Límites Inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)” en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13, Núm. 38, Mayo-Agosto 1993, pgs. 297-315).
- MARITAIN, Jacques. Os direitos do Homem e a lei natural. Trad. Afrânio Coutinho. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.
- MARTIN MAYORGA, Daniel. La Unión Europea y América Latina en la sociedad de información, en Europa y Latinoamérica : el papel de España como nexo entre Europa y Latinoamérica: documento síntesis y actas mesas redondas, 2003, ISBN 84-607-9725-2, pgs. 179-233
- MARTÍN MORALES, Ricardo; El derecho fundamental al honor en la actividad política, Granada 1994, pgs. 30 y ss.
- MARTÍN MUÑOZ, Alberto J., El Merchandising. Contrato de reclamo mercantil, Pamplona, 1999, p. 156.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.; “Apellidos. La alteración de su orden”, en La ley, 1982-4, p. 1102.

- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional . Civitas, Madrid, 1993, pgs. 28 y ss.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. “30 de enero de 1998. Apropiación comercial del derecho al nombre y a la propia imagen. Identificación indirecta de actor en anuncio publicitario” en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Nº 47, 1998, pgs. 705-724.
- MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.; “Hacia un concepto constitucional de persona”, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol, nº 11-12, Valencia 1995, p. 152.
- MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido. Bosch: Barcelona, 2004, p. 231.
- MARTÍNEZ SAMPERE, Eva. “Nuestra común y diferente humanidad: su articulación jurídica”, en Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, coord. Javier Pérez Royo, vol. 1, 2006, págs. 696 a 700.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María. “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845 y en sus proyectos de reforma”, Capítulo III de Los derechos en el constitucionalismo histórico español, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, pgs .83-109.
- MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. El derecho a la propia imagen, pgs. 115 y 116.
- MARTÍNEZ-PUJALTE. Antonio Luis “Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad: STC 136/199, de 20 de julio” en Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Nº. 54, 2006 (Ejemplar dedicado a: Veinticinco años de jurisprudencia constitucional I), pgs. 75-118 (p. 79).
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Direitos e deveres no mundo da Comunicação – da Comunicação Clássica à Eletrônica”, em: Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, 1999, pgs. 105-126.
- MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação), pgs. 26 y ss.

- MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. In: Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Coletânea original: Jürgen SCHWABE. Org. Leonardo Martins. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. Belo Horizonte: UFMG, 1953, p. 145.
- _____. Elementos de teoria geral do direito. 4.ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 160.
- MATOS, Eneas de Oliveira. Dano moral e dano estético. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MATTIA, Fábio Maria De, “Direitos da personalidade: aspectos gerais” em Estudos de Direito Civil, coord. de Antônio Chaves, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, pgs. 99 y ss.
- MAX Scheler apud Ascensão, José de Oliveira. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, v. 1, p. 41.
- MAZA GAZMURI, Iñigo de la. La explotación comercial no consentida de la imagen: El derecho de publicidad (right of publicity) en el caso estadounidense”, Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen- Cizur Menor (Navarra) : Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 181-197.
- MAZZILLI, Hugo Nigro; GARCIA, Wander. Anotações ao código civil. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8.
- MEDINA GUERRERO, M. La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2005, p. 37, citando a James Q. Whitman (“The two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, Yale L. J., vol. 113, 2004, pgs. 1161-1162.
- _____. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 50.
- _____. La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2005, p. 11.
- MEDINA MORALES (Diego. “Persona y personalidad en la teoría pura del derecho” en Personalidad y capacidad jurídicas 74 contribuciones con motivo del XXV

- Aniversario de la Facultad de Derecho De Córdoba, Tomo II, Rafael Casado Raigón y Ignacio Gallego Domínguez (coord.), Córdoba, 2005, pgs. 833-851
- 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, pgs. 143-162.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. Curso de Direito Constitucional brasileiro. Revista Forense, 1968.
- 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, págs. 39-56, jul./set., 2005.
- MELO, Marco Bernardes de Melo. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira. O direito à honra e a sua tutela penal. Almedina: Coimbra, 1996, p. 18.
- MENDONÇA, Jacy de Souza. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo I, Introdução Doutrina Geral Negócio Jurídico, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 193 e ss.
- MESSINEO, Francesco. Manuale di diritto civile e commerciale: parte I. Milao: Dott. A. Giuffrè, 1950. v. 2., p. 70.
- MIERES MIERES, Luis Javier; Intimidad personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional, Navarra, 2002, pgs. 25-27.
- MIGUEL CASTAÑO, Adoración de. “Libertad de información y derecho de intimidad: medios para garantizarla: Incidencia en el ámbito de la estadística, in: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense–RFDUC (Ejemplar dedicado a: Informática y derecho).

MINGO TOLMO, Ataúlfo L. El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices publicitarios, Ed. Visión net, Madrid, 2005, p. 27.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV: Direitos Fundamentais, 3ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 455.

_____. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. Coimbra, 1993, tomo IV, p. 58.

_____. MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra Editora: Coimbra, 2005, p. 290.

_____. O constitucionalismo liberal luso-brasileiro. Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses: Lisboa, 2001, p. 44.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000. v. 7., p. 30.

_____. Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Tomo I: Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Atualizado por: Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Tomo VII: Direitos de Personalidade, Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Tomo XXVI: Direito das Obrigações (...). 3ª ed., 2ª reimp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Tomo LIV: Direitos das obrigações: responsabilidade das empresas de transporte, exercício ilícito na justiça (...). Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, R. de, A proteção constitucional da vida privada, Ed. LTr, São Paulo, 1996, págs. 114 y 115.

MOEYKENS, Federico Rafael y SALTOR, Carlos Eduardo; en Argentina: La protección de Datos Personales en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de la República Argentina, p. 2, de texto publicado en http://publicacionesderechosorg/redi/NO_23_-_Junio_del_2000/9 visitado en diciembre de 2014.

- MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Estudio preliminar: ¿Una persona inerte? de la teoría al "problema de la Interpretación" de las personas jurídicas" en FERRARA Francesco. Teoría de las personas jurídicas, (traducida de la 2ª ed. revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury; Albolote (Granada): Comares, 2006, p. XV.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 1, p. 184.
- _____.Direito civil: parte geral. 33º. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 97.
- MONTÓN GARCÍA, María Lidón; “Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertad de información y expresión”, La ley, 1995-1, p. 875
- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, pág. 129.
- _____. Direito constitucional, 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001 pgs. 27 y ss.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. “A tutela do nome da pessoa humana”, in Revista forense, v. 98, n. 364, pgs. 217-228.
- _____. “Direito à própria imagem (II) in: Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 444, out. 1972, pgs. 11-28)
- MORAES, Walter. “Direito à própria imagem (I)” in Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 443, set. 1972, pgs. 64-81.
- _____. “Direito à própria imagem (II)” in Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 444, out. 1972, pgs. 11-28.
- _____.Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva do direito: dialética jurídica, direito constitucional-tributário. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 25, p. 340.
- _____. Concepção tomista da pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. In: NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 1. Teoria Geral. (Texto publicado originalmente na RT 590/ 14-24). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- MORALES PRATS, “Protección de la intimidad: delitos e infracciones administrativas”, La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)(dir. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez), Cuadernos de Derecho Judicial, N° 13, Madrid, 1997 pgs. 39-86
- MORESO, J. J. (2004), El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho, en DOXA 27, pgs. 45-62 ISSN: 0214-8676.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 172.
- MOTES, Carlos Maluquer de. Derecho de la persona y negocio jurídico. Barcelona Bosch, 1993, p. 29
- MOUNIER, Emmanuel. O personalismo. Trad; João Bérnard da Costa. Lisboa: Morais, 1960, p. 13.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine de. O Estado de direito e os direitos da personalidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 69, nº532, fevereiro 1980, pgs. 11 y 12.
- _____. Libertad de expresión y sus límites, honor, intimidad e imagen. Editoriales de Derecho Reunidas. Edersa, 1991
- _____. “Honor, Intimidad y Propia Imagen en la Jurisprudencia de la sala 1a del Tribunal Supremo”. Poder Judicial, N° 14, 1989, pgs. 163-190.
- _____. “El Derecho Penal objetivo”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes- MUÑOZ CONDE, Francisco; Lecciones de Derecho Penal. Primera Parte: Fundamentos del Derecho penal, Sevilla, 1991, p. 50.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Part. Esp. 17° Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.
- _____.Derecho penal. Parte especial, Valencia, 1996, p. 239,
- MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARÁN, Mercedes; Lecciones de Derecho Penal, Sevilla, 1991.
- MURILLO DE LA CUEVA , Pablo Lucas. El derecho a la autodeterminación informativa. Editorial Tecnos: Madrid, 1990

- _____. “La Protección de datos en la Administración de Justicia” en Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías, Cuadernos de Derecho Judicial IX, 2004, pgs. 223-263.
- _____. “El derecho a la intimidad” en Honor, Intimidad y Propia Imagen. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pgs. 11-61.
- NÁUFEL, José. Novo dicionário jurídico brasileiro. São Paulo: Atlas,[s. d.]. v. 3, p. 741.
- NAVARRO MARCHANTE, Vicente J. “La veracidad, como límite interno del derecho a la información” Revista Latina de comunicación social, N°. 8, 1998, (<http://www.ull.es/publicaciones/latina/a/56vic.htm>).
- NERSON, Roger; “La protección de la personalidad en el Derecho privado francés”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1961, n° 210, p. 43.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado e legislação extravagante. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 173.
- NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. Noções preliminares de direito civil. São Paulo: RT, 2002.
- _____. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.
- _____. Ato e atividade. In: NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). Revista de Direito Privado, n° 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 9 a 21, abril/jun. 2005.
- _____. A proteção civil da vida humana. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (org.) A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- NETO, Abílio. Código Civil Anotado. Ediforum Edições Jurídicas, 14ª ed.: Lisboa, 2004, p. 57.

- 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, págs. 19-38, jan./jun., 2004 (p. 32).
- NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Danos morais e direitos da personalidade. Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponible en: <<http://jus2.uo.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acceso en: 23 Ago. 2015.
- NEVES, Francisco de Assis Serrano. A tutela penal da solidão: universo jurídico da privacidade, doutrina, direito comparado, jurisprudência internacional, a posição brasileira. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1981.
- NICOLAU JUNIOR, Mauro. Paternidade e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2006;
- NOREÑA SALTO, José Ramón. “Libertad de información y derecho a la intimidad y propia imagen: especial referencia a determinados delitos y al proceso de menores” en Estudios jurídicos Ministerio Fiscal, N° 4, 2002, pgs. 53-72
- NOTABERTO BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. Direito à própria imagem: aspectos fundamentais, p. 54.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos, México, 1979.
- _____. Derecho a la vida privada y Libertad de Información, Siglo XXI Editores SA de CV. México D.F., 4ª Edición, 1989, p. 18.
- _____. Derecho a la vida privada y Libertad de Información, Siglo XXI Editores SA de CV. México D.F., cuarta edición, 1989, pgs. 18 y ss.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.; “La función de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Civil: los derechos de la personalidad”, en X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988, Vol. II, p. 845,
- _____. “Personalidad y derechos de la personalidad (Honor, intimidad e imagen) del menor, según la ley de protección del menor”, en La ley, 1996-4, marg. D-239, pgs. 1249-1250.

- _____. “Jurisprudencia reciente sobre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en Actualidad Civil, Tomo I.
- _____. “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, pgs. 543 – 625 (p. 611).
- _____. “Derecho al honor” Actualidad civil, N° 1, 1990, pgs. 1-12.
- _____. “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, págs. 151-205 (pág. 194).
- _____. Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. Editorial Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA), Madrid: 1991
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. Direito Civil – Teoria Geral, I, Introdução, As Pessoas, Os Bens, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pgs. 92 y ss.
- OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. Revista dos Tribunais nº 532, p. 11 a 23, fev. 1980.
- 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, págs. 351-356, jul./ago., 2005.
- OLIVER, Paulo. Aspectos jurídicos: direito autoral, fotografia e imagem. São Paulo: Letras & Letras, 1991, pgs. 16 - 31.
- OLIVEROS LAPUERTA, María Vicenta; “Estudios sobre la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen”, en Presidencia del Gobierno, Subdirección General de Documentación, Cuadernos de Documentación, 1980, nº 38, p. 12.
- ORGAZ, A. “Personas Individuales” Derecho Civil Argentino. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 161, apud.
- ORTEGA Y GASSET. “El Espectados –VI”, en Obras Completas, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, vol. 2, 1983, p. 497 apud PÉREZ LUÑO, A-E. “El derecho a la intimidad” en Constitución y Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pgs. 639-668.

- ORTÍN GARCÍA, C. Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno quiliano”, Revista de estudios histórico-jurídicos, texto en español, No.26, Valparaíso, 2004, pgs. 605-607.
- ORTÚZAR VILLARROEL, María Carolina. El nuevo concepto de Derecho a la Intimidad y su protección en la era tecnológica. Tesis de grado de la Escuela de Derecho a la Universidad Católica de Valparaíso, 1996, p. 14.
- OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 65.
- PACE, Alessandro. “El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media” in Revista Española de Derecho Constitucional, Año 18, Núm. 52, Enero-Abril 1998, pgs. 33-52.
- PAIVA, M. Antônio Lobato de. “Autodeterminação informativa” in: Direito Administrativo: temas atuais, Leme, SP: LED, 2003, págs. 675-705.
- PALOMINO, Rafael. Derecho a la intimidad y Religión: la protección jurídica del secreto religioso. Editorial Comares: Granada, 1999.
- PANEA MÁRQUEZ, J. M., “La imprescindible dignidad”, Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas, Coord. Antonio Ruiz de la Cuesta, Universidad de Sevilla, 2005, pgs. 18- 28.
- PARAJON COLLADA, Vicente. La sociedad global de la información en la Unión Europea Economía industrial, ISSN 0422-2784, N° 303, 1995, pgs. 25-33.
- 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, pgs. 347 a 375.
- PARRA LUCAN, M. Ángeles., Derechos de la personalidad. Intromisión ilegítima y derecho a la intimidad, Canarias, 1987, p. 218.
- _____.De nuevo sobre los derechos de la personalidad; introducción ilegítima en el derecho de la intimidad, ADC, 1989, p. 217.
- PASCUAL MEDRANO, Amelia. El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites, Editorial Thomson Arazandi, Colección Divulgación Jurídica, 2003, pgs. 24 y 149.

- _____. Los Derechos fundamentales y la Ley de Protección del Menor, Revista Jurídica de Navarra, núm. 22, 1996, pgs. 249 y ss.
- PASCUAL QUINTANA, “El derecho a la propia imagen” en Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, Año 1949, p. 140.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; Los valores superiores, Madrid, 1986, pgs. 12-13.
- _____. Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho”, en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 61, 1980, p. 106.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Vol. I, Madrid, 1984, p. 813.
- _____. Comentarios a los artículos 428 y 429 del CC, Edersa, Madrid, 1986, pgs. 716-717.
- PEÑA, Carlos. El derecho a la vida privada y a la libertad de expresión en las Constituciones de Chile y España: una propuesta de criterios de análisis. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1997, p. 122.
- PEREIRA CHAMBEL Elia marinaen “A vídeovigilância 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, pgs. 503-531.
- PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. “Contornos atuais do direito à imagem” In: Revista Forense, v. 99, n.367, maio/jun., 2003, pgs. 45-68.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil, 19. de. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.1, pgs. 8 y ss.
- _____. Responsabilidade civil, Rio de Janeiro, Forense, 1999, v. 1, pág. 142.
- PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PÉREZ DE CASTRO, N.; “El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho de autor al respeto de la obra”, en Actualidad Civil, 1987-1, p. 224.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “Sobre el derecho a la propia imagen”, en Poder Judicial(1981) n. 10, 1988, pgs. 75-82.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen; Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación, Madrid, 1993, p. 427.

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, Nº. 8, 2004, pgs. 111-146.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “El concepto de interesado en la directiva comunitaria 95/46”, en Cuadernos de derecho judicial, Nº. 13, 1997 (Ejemplar dedicado a: La protección del derecho a la intimidad de las personas en el ámbito...(fichero de datos)/ José María Álvarez-Cienfuegos Suárez (dir.)), pgs. 13-38.

_____. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecnos, Madrid, 2005, pgs. 258, 321 y ss.

_____. “Sobre la igualdad en la Constitución Española” en Anuario de Filosofía del Derecho, Nº 4, 1987, pgs. 141 y 142.

_____. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Tecnos, Madrid: 2005, pgs. 51, 293 y ss.

_____. El derecho a la intimidad en el ámbito de la Biomedicina, en Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas, Antonio Ruiz de la Cuesta (coordinador), Universidad de Sevilla: 2005, pág. 105.

_____. LOSANO, Mario y GUERRERO, M. Fernanda. Libertad informática y leyes de protección de datos personales. Centro de Estudios constitucionais Madrid - España. 1989. p. 144.

PÉREZ ROYO, J. Curso de Derecho Constitucional (rev. Manuel Carrasco Durán). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005, pgs. 284 y ss.

_____. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Madrid, 2010. Duo décima Edición, Revisaday puesta al día por Manuel Carrasco Durán, pgs. 121 y ss.

PERÉZ, Antonio; LOSANO Mario y GUERRERO, Maria Fernanda. Libertad informática y leyes de protección de datos personales. Centro de Estudios constitucionales Madrid-España, 1989, p. 144.

- PEREZ, Pascual Marin. Derecho civil. Madrid: Editorial Tecnos, 1983, v. 1, p. 59.
- PERLINGIERI, P. La personalità umana nell'ordinamento giuridico, Camerino, 1972, pgs. 66 y ss.
- _____. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pgs. 155-156.
- PERREAU, M. E. H. “Les droits de la personnalité” Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1909, pgs. 502 y ss.
- PESQUERO FRANCO. Encarnación Sociedad de la información: propuestas educativas de la Unión Europea para el nuevo modelo de sociedad, Revista complutense de educación, ISSN 1130-2496, Vol. 12, Nº 1, 2001, pgs. 319-342.
- PETTERLE, Selma Rodrigues. O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.
- PIERGIGLI, Valeria. Lingue minoritarie e identità culturali. Milán, 2001.
- PIERINI, Alicia; LORENCES Valentín, TORNABENE María Inés. Hábeas data: derecho a la intimidad: derecho a informar, limites, censura. Buenos Aires Universidad, 1999, pgs 20 y ss.
- PIMENTA, E. Código dos direitos autorales e acordos internacionais, São Paulo, 1998, p. 23.
- _____. “O direito de arena e a empresa de radiodifusão” in: Revista jurídica mineira, v. 9, n. 109, págs. 7-12, set./out., 1994.
- PINTO, António Marinho e. “Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e de informação” em Sub Judice, 1999.1, T. 15-16, pgs. 75-81.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil, 4ª ed., por Antônio Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 100.
- PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. “A protecção da vida privada e a Constituição” in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000 - vol. LXXVI (2000), pgs. 153-203 (p. 163).
- PINTO, Paulo Mota. “A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional” (relatório elaborado com a colaboração da Assessora do Tribunal

- Constitucional, Dr^a Raquel Reis) in Conferência Trilateral Espanha, Itália, Portugal, 01-04 de outubro de 2006.
- _____. “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português” em *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Ingo Wolfgang SARLET (org.). Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2000 pgs. 61-83.
- _____. “O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1993-vol. LXIX (1993), pgs. 479 y ss
- PINTO, Ricardo Leite. “Liberdade de Imprensa e vida privada” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, abril de 1994, pgs. 27-147 (p. 104).
- PIOLA-CASELLI, E., “Nota a la sentencia de la Corte de Apelación de Torino, de 3 de marzo de 1903”, *Foro it.* 1904, I, c. 643.
- PLANIOL RIPERT, M.; *Traité élémentaire de Droit Civil*, T.I, París, 1943, nº 525, p. 211.
- PLAZA PENADÈS, Javier; *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996, p. 132.
- _____. *El derecho de autor y su protección en el art. 20.1 b) de la Constitución*, Valencia, 1997, pgs. 168 y ss. .
- PLAZA Y JABAT, Soledad. “El derecho a la imagen, su naturaleza y forma de explotación. Breve referencia a su tratamiento tributario”, en *Crónica Tributaria*, n.81, 1997, pgs. 87-100;
- _____. *Tratado de direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, T.7 y 11, 1955.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*, VII, 738, vol. 2, pág. 53, 6, p. 59, Borsoi, Rio de Janeiro, 1956,
- PRADA, Vicente Herce de la. *El derecho a la imagen y su incidencia en los medios de difusión*, p. 16.
- PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Livraria Almedina: Lisboa, 1982, pgs. 7-12

- PRATT, W. F. PRATT. “The Warren and Brandeis argument for a right to privacy”, in Public Law, 1974- 75, p. 72.
- PROSSER, W. L. “Privacy”, in California Law Review, nº 3, 1960, August, Vol. 48, pgs. 383–423
- PROSSER; KEETON. The law of Torts, ed. West Publish Co., St. Paul, Minn., 1984, pgs. 850 y ss., apud FAYOS GARDÓ, A. Derecho a la intimidad, p. 41.
- PUECHE, José Henrique Bustos. Manual sobre bienes y derechos de la personalidad. Madrid. Dykinson, 1997, pgs. 17 y 43.
- PUIG BRUTAU, J. Compendio de derecho civil, Vol. III, Barcelona, 1989, p. 201.
- _____. Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Vol. I, Barcelona, 1979, p. 66,
- PUIG FERRIOL, Lluís en PUIG FERRIOL-GETE-ALONSO Y CALERA-GIL RODRÍGUEZ-HUALDE SÁNCHEZ; Manual de Derecho Civil, Vol. II, Madrid, 1996, p. 64.
- QUEIROZ, D. Duarte de. “Privacidade na Internet”, in Direito da Informática Temas polêmicos, Demócrito Reinaldo Filho (coord.), Bauru, SP: Edipro, 2002, pgs. 81-96
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- QUIÑONERO CERVANTES, Enrique; Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XVII, Vol. 1-A, Madrid, 1993, p. 306.
- 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, págs. 13-18, set./out., 1978.
- RAMOS; A. de Carvalho. “O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil” in: Revista de direito do consumidor, n.53, pgs. 39-53, jan./mar. 2005.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique. La persona y su capacidad civil, Madrid, 1995.
- RAMS ALBESA, Joaquín; Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Tomo V, Vol. 4º A, Madrid, 1994, p. 336 y VATTIER FUENZALIDA C. ; “La propiedad intelectual (estudio

- sistemático de la Ley 22/1987), Anuario de Derecho Civil, 1993, XLVI-III, p. 1067.
- RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 2.ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. Tomo II, v.1, pgs. 158-159.
- RAVANAS, Jacques. La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image. Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978, p. 33 y ss.
- RAYMOND, Lindon. Les droits de la Personnalité. Dalloz: Paris, 1983, p. 276.
- REALE, Miguel. “O Dano moral no Direito Brasileiro” in: Temas de Direito Positivo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, págs. 20 e ss.
- _____. Introdução à filosofia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 159.
- _____. Lições Preliminares de direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 152.
- _____. Os direitos da personalidade. O Estado de São Paulo, 17/01/2004. Disponible en: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acceso en: 25 Ago. 2015.
- REBELO, Maria da Glória Carvalho. A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão. Lisboa: Lex, 1998, pgs 46 y ss.
- REBOLLEDO DELGADO, Lucrecio; El derecho fundamental a la intimidad, Madrid, 2000, pgs. 76 y ss.
- RECASÉNS SICHES, Luis. Tratado general de filosofía del derecho. 1970, 4. ed. México: Porrúa, 197, pgs. 245-259.
- RICCA-BARBERIS, M., Il diritto alla propria figura. Riv. Dir. Com., vol. I, Parte 1.º, 1903, p. 201.
- RICCIUTO, Vincenzo-ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo;Il danno da mass media , Padova, 1990.
- RICO PÉREZ, F.; “La individualización de la persona humana en el Derecho Civil”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1975, nº 238, p. 952.
- _____. “Protección civil de la dignidad personal”, en Introducción a los derechos fundamentales, Vol. II, Ministerio de Justicia, 1988, pgs. 951-976.

- RIDOLFI, Claudia; *Persona e mass media. La tutela della persona nelle trasmissioni televisive tra autonomia contrattuale e diritti fondamentale*, Padua, 1995, pgs. 19-20.
- RIDRUEJO, Mónica. ¿Una política europea para la sociedad de la información? *Economistas*, ISSN 0212-4386, Año N° 20, N° 91, 2002, pgs. 362-367.
- RIPOLL CARULLA, S. *Las libertades de información y de comunicación en Europa*. Madrid, Editorial Tecnos, 1995.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, op. cit., p. 77.
- RIVIERE, H. F., *Codes Français et USUELLES. Lois App. Code Penal*, 2008, p. 20.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2008, pgs. 41-42.
- RODRIGUES, Cláudia. “Direito autoral e direito de imagem” in: *Revista dos Tribunais*, v.93, n.827, pgs. 59-68, set., BBD, 2005.
- RODRIGUES, N. Cunha. “Direitos do consumidor e os arquivos de consumo” in: *Boletim dos Procuradores da República*, v.5, n.64, págs. 21-31, ago. 2003.
- RODRIGUES, Sílvio. “Direitos da Personalidade”, *Revista do Advogado*, n. 19, out., 1985, pág. 54 a 60.
- _____. *Direito civil: parte geral*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 64.
- RODRÍGUEZ CASTRO, Justo; “El nombre civil: concepto, caracteres y naturaleza jurídica”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1987, n° 1442-1450, pgs. 107-109,
- RODRIGUEZ GUITIAN, Alma Maria. *El derecho al honor de las personas jurídicas*. Editorial Montecorvo S. A., Madrid: 1996, pgs. 55 y ss.
- RODRÍGUEZ PALENCIA, Alfonso; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. “La renuncia a los bienes de la personalidad” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 97, Enero-Marzo, 2002, n° 1, pgs. 81-112.

- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. “La intimidad genética: perspectivas desde la autonomía individual” en *Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas* (coord. Antón Ruiz de la Cuesta), Universidad de Sevilla, 2005, pgs. 225-244.
- _____. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Aravaca (Madrid): McGraw- Hill-Interamericana de España, 1998.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. Miguel- BONDÍA ROMÁN, Fernando; *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido, R.D. Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Madrid, 1997, p. 84.
- RODRÍGUEZ, José Luis Concepción. *Honor, intimidad e imagen*. Barcelona: Bosch; Casa Editorial, [s. d.], p. 54.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. “Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1837”, p. 63.
- ROGEL VIDE, Carlos. “Origen y actualidad de los derechos de la personalidad” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Año nº 149, Nº 1, 2002, pgs. 113 -13
- _____. “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional” *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 2, 1993, pgs. 1913-1946
- _____. “Origen y actualidad de los derechos de la personalidad”, *Estudios de Derecho Civil – Persona y Familia*. Editorial Reus, S.A. Madrid, 2008, pgs. 113 - 134.
- _____. *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Editorial Tecnos, 1984, *íd.* *Derecho de autor*. Barcelona: Cálamo, D.L. 2002.
- _____. *Derecho de la persona*. Barcelona. Cálamo, 2002, p. 127.
- _____. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1995, pgs. 38-44
- _____. *Derecho de autor*, Barcelona, 2002, pgs. 15-16.
- ROMERO COLOMA, Aurelia M^a; *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Barcelona, 1991, p. 10.
- _____. *Los bienes y derechos de la personalidad*, p. 125.

- _____. Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal, Madrid, 1987, p. 29.
- ROSADO IGLESIAS, Gema. La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica. Tirant lo blanch: Valencia, 2004, p. 127.
- ROSCIUS, CORDEIRO MENEZES, A., Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas. Almedina: Coimbra, 2004, p. 15.
- ROSEMBERG HOLCBLAT, Alexander y SANCHEZ SANZ, Moirah. El derecho a la privacidad en Internet, pág. 10 de texto publicado en: http://vlexcom/redi/No_37_-Agosto_del_2001/5, visitado en febrero de 2015.
- ROVIRA SUEIRO, Maria E. La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. CEDECS Editorial: Barcelona, 1999, pgs. 25 y ss.
- _____. El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito, Granada, 1999, p. 139.
- ROYO JARA, Jose. La protección del derecho a la propia imagen: actores y personas de notoriedad pública según la ley 5 de mayo de 1982. Editorial Colex: Madrid, 1987, pgs. 20 y ss.
- RSTON, Sergio Martins. “Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória” em Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Nova série, Ano 7, nº 14, julho-dezembro – 2004, Editora Revista dos Tribunais, pgs. 91-105.
- RUBÍ NAVARRETE, Jesús. “Los principios de protección de datos y el reglamento de medidas de seguridad” en XIV Encuentros sobre Informática y Derecho: 2000-2001 (coord. por Miguel Ángel Davara Rodríguez), 2001, pgs. 79-86.
- RUBIDO DE LA TORRE, José Luis; “Libertad de información: diligencia del periodista, veracidad y derecho al honor. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1996, de 16 de enero, sobre protección del derecho al honor. La libertad de información y sus limitaciones”, en Revista General del Derecho, 1996, nº 627, p. 12953.
- RUBIO LLORENTE, F. Derechos fundamentales y principios constitucionales. (doctrina jurisprudencial); con la colaboración de M^a Ángeles Ahumada Ruiz...[et al.] Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1995, p. XV.

- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. 6. ed. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 442-446.
- RUIZ DE LA CUESTA, Antonio. “El Valor ‘Vida Humana Digna: su prescriptividad ética y jurídica’ en *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas*, Coord. Antonio Ruiz de la Cuesta, Universidad de Sevilla, 2005, pgs. 59-78.
- RUIZ GIMENEZ CORTÉS, J.; *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, pgs. 55-56.
- RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos: Madrid, 1995, p. 34.
- RUIZ Y TOMÁS, Pedro. *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*. Madrid: Reus, 1931, p. 114.
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín; *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Dirigida por Oscar Alzaga Villaamil), Tomo II, Madrid, 1997, pgs. 73-74.
- SÁ, Domingo Silva Carvalho de. “O Direito à imagem” em *Maia Jurídica Revista de Direito*, ano I, Nº 1, Janeiro - Julho 2003, pgs. 105-123.
- SAHM, Regina. *Direito à imagem no Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 155.
- _____ “O Direito Moral de autor e o Fundamento do Direito à Intimidade” em *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: em homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, pgs. 41-51.
- SAINT-PAU, J.CH., “L’article 9 du code civil: matrice des droits de la personnalité”, *D* 1999, pgs. 541-544.
- SAIZ VALDIVIELSO, Alfonso Carlos. “El honor, o la crisis de un derecho fundamental” in *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú* (coordinado por Raúl Morodo e Pedro De Vega), Tomo III, 2002, pgs. 1911-1927.
- SALAS, J. “Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a las violaciones de las libertades públicas”, en *Revista de Derecho Administrativo*, 1980, nº 27, p. 558,
- SALDAÑA DÍAZ, María Nieves «A legacy of suppression»: del control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII” en *Derecho y conocimiento*:

anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento, N.º. 2, 2002, pgs. 175-211.

_____ La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos, Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, ISSN 1575-6823, Año 8, N.º 18, Segundo semestre de 2007, págs. 85-115.

SALLES, Filipe. Breve história da fotografia. Publicado: Segunda-feira, 22 set. 2008, 09:56. Disponível em: <<http://mnemocine.art.br/index.php/fotografia/33-fotohistoria/168-histfoto>>. Acesso em 19/mar./2013.

SANTAELLA, Lucia; NÖTH, Winfried. Imagem: cognição, semiótica, mídia. São Paulo: Iluminuras, 2012.

SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral na internet. São Paulo: Método, 2001

SALGADO, Joaquim Carlos. Idéia de justiça em Kant; seu fundamento na liberdade e da igualdade. 2.º ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 243.

SALVADOR CODERCH, Pablo (director) [et al]. El mercado de las ideas. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1990, p. 201.

_____ ¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo, Madrid, 1987, pgs. 45-48,

SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO (Editor). Estudios sobre el derecho a la intimidad. Madrid: Tecnos, 1992.

_____ “Reflexiones sobre la intimidad, Madrid: Tecnos, 1993, pgs. 15-35.

SANCHÉZ AGESTA, Luis. Historia del Constitucionalismo Español. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 243.

SÁNCHEZ BLANCO, Emilio y Vianello Osti, Marina. El acceso a la documentación de la Unión Europea en la Sociedad de la Información: Indicadores de calidad y cartas de servicios: Una aproximación crítica, en La gestión del conocimiento : retos y soluciones de los profesionales de la información : VII Jornadas Españolas de Documentación, Bilbao 19-20-21 octubre 2000, Palacio Euskalduna, 2000, ISBN 84-7585-919-4, págs. 355-368.

- SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea. Universidad de Sevilla, Secretariado de publicaciones. Sevilla-España. 1989, p. 35.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. DELIMITACIÓN DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Soto, Juan, Pérez, Jorge, Feijo, Claudio. Veinticinco años de la sociedad de la información en España: evolución tecnológica, globalización y políticas públicas, Economía industrial, ISSN 0422-2784, N° 349-350, 2003, pgs. 63-82.
- SANTDIUMENGE I FARRE, El mercado de las ideas. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1990, pgs. 380-381.
- SANTIAGO, Mariana Ribeiro. “Direito de arena” In: Revista de direito privado, v. 6, n. 22, págs. 226-240, abr./jun., 2005.
- 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, pgs.165-174, jan./mar., 2005 (p. 166).
- SANTORO-PASSARELLI, F. Teoria Geral do Direito Civil, p. 30; AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, p. 247; CUPIS, Adriano de. Os Direitos da personalidade. Editora Romana, 2004, p. 23.
- SANTOS MORÓN, María José; Incapacitados y derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen, Madrid, 2000, p. 179.
- SANTOS, Antonio Jeová, Dano moral indenizável, 3º ed., São Paulo, Método, 2001.
- SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Fortaleza: Celso Bastos, 1999, p. 993.
- SARAZÁ JIMENA, Ra fael. Libertad de expresión e Información frente a honor, intimidad y propia imagen. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1995, p. 281.
- SARLET , Ingo Wolfgang A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado, pgs. 61-83.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

- _____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- _____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. pgs. 39/60.
- SCALLS PELLICER, J.; “Nombre”, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XVII, p. 349.
- SAVATIER, René. Le droit de l’art Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 10, n. 1, pgs. 51-68, jan./jun. 2010 - ISSN 1677-6402 60.
- SCHMIDT, Klaus. The Quest for identity. Corporate Identity: Strategies, Methods and Examples. London: Cassel, 1995.
- SCHUSTER. “Enciclopedia Giuridica italiana”, vol. VI. Parte III, p. 449) defendía que “proteger y tutelar el derecho a la imagen sería atestar un golpe de muerte al arte.
- SEGADO, Francisco F., Teoria jurídica dos direitos fundamentais, México, 1988, p. 34.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana; “La patria potestad”, en Manual de Derecho Civil (PUIG FERRIOL y otros), Valencia, 2001, p. 219.
- SERNA, M.: L’image des personnes physiques et des biens, Paris, 1997, pgs. 89 y ss.
- SERPA, José. Direito à imagem, à vida e à privacidade, apud CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 28.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 138.
- SEVERO, Sérgio. Os danos extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996. Em sentido contrario
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. “La Constitución y relaciones privadas concretas: derecho al honor” en Constitución y relaciones privadas, (dir. Xavier O’Callaghan Muñoz), Cuadernos de Derecho Judicial, XI, 2003, p. 83.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. “Noção e importância das limitações aos direitos do autor” em Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: em homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar,

- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, pgs. 25-40 e “em Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n. 806, pgs. 11-27, dez., 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, pgs. 14 y 40.
- SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. 26.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, pág. 1.035.
- SILVA, Fernando Cinci A.; RIBEIRO DO VALLE, Regina. “Direito Institucional: auto-regulação da internet” em E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação, Regina Ribeiro do Valle, (organizadora). São Paulo: Usina do Livro, 2005, págs. 245-254.
- SILVA Filho, Artur Marques da. A responsabilidade civil e o dano estético. In: Revista dos Tribunais nº 689, ano 82, p. 38 a 49, mar. 1993.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros, São Paulo, 2007, p. 73.
- SOTO NIETO, F.; “Alteración en el orden de los apellidos. Una novedad legislativa”, en La ley, 1981-4, p. 920.
- SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995. pgs. 27 y ss.
- SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. Responsabilidade civil por danos a personalidade. Barueri, SP: Manole, 2002, pgs. 48 y 84..
- STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6.ed. São Paulo: RT, 2004. p. 1622.
- STRATTON, Peter; HAYES, Nicky. Dicionário de psicologia. Trad. Esméria Rovai. São Paulo: Pioneira, 1994. p. 175.
- SUANZES-CARPEGNA, Joaquín Varela (“Reflexiones sobre un bicentenario – 1812-2012” en La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración – Homenaje a Francisco Tomás y Valiente, José Alvarez Junco y Javier Moreno Luzón (eds.), CEPC, Madrid, 2006 , pgs. 75-84)

- SUEIRO, María E. Rovira. El Derecho a La Propia Imagen: especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito. Granada, 2000. pgs. 22 y 28. En el mismo sentido son las lecciones de SANTOS CIFUENTES, op. cit., pgs. 502-512.
- SUÑE LLINÁS, Emilio Tratado de Derecho Informático. Vol. I, Universidad Complutense, Madrid-España. 2000, p. 31.
- SZANIAWKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pgs. 27- 35- 70.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral. 3.ed. São Paulo: Método, 2007. v.1., p. 186.
- _____. Os direitos da personalidade no novo código civil. p.1. Disponible en: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7590>>. Acceso en: 11 set. 2015.
- TEJEDA DEL PRADO, Lecsy. Identidad, imagen y comunicación. Revista ESPACIO. Asociación Cubana de Publicistas y Propagandistas. Edición Septiembre – Diciembre, 2001, N° 6.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. Direito subjetivo – I. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 28, p. 315.
- TÉLLEZ AGUILERA, Abel; Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos. Estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999, Madrid, 2001, pgs. 148-149 entiende que debe exigirse el consentimiento expreso y escrito para cualquier imagen o dato personal especialmente protegido.
- TEPEDINO, Gustavo. “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro” em Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- _____. O Código Civil e o direito civil-constitucional. in: Temas de direito civil, t. ii. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35.
- _____. Premissas metodológicas para a constitucio-nalização do direito civil. In: (Coord.). Temas de direito civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 7.
- _____. Temas de direito civil, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pgs. 24 y ss..

- _____. MORAES, Maria Celina Bodin; BARBOZA, Heloisa Helena. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, 2. ed., Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2007, v. 1, p. 55.
- TERRE F.Y FENOUILLET, D., Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités, 7^a ed., Paris, 2005, pgs. 119-120
- TERREL, Joseph Robert. "O direito de arena e o con-trato de licença de uso de imagem" in Revista do Direito Trabalhista, v. 9, nº 11, pgs. 17-21, Nov. 2003.
- TEYSSIE, B., Droit civil. Les personnes, 8^a ed., Paris, 2003, pgs. 70 y ss.
- TOBÓN, Franco Natalia."Libertad de expresión y derecho de autor. Guía legal para periodistas", Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, Colegio mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2009.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Constitución: escritos de introducción histórica. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 101.
- TORRES, António M. M. Pinheiro. Acerca dos Direitos de Personalidade. Editora Rei dos Livros: Lisboa, 2000, pgs. 16 y 37.
- TORRES, Patrícia de Almeida de. Direito à própria imagem. São Paulo: Ltr, 1998, p. 128.
- 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, pgs. 389-459.
- TUHR, Andreas Von. Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán, (traducido directa del alemán por Tito Ravá; presentación de la edición por Celestino Pardo; prólogo por Tullio Ascarelli). Madrid [etc.] Marcial Pons, 1998, pgs. 151 y ss.
- UICICH, Rodolfo Daniel. Los bancos de datos y el derecho a la intimidad. AD-HOC: Buenos Aires, 1999, p. 34.
- URABAYEN, Miguel, Vida privada e Información: un conflicto permanente. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1997, pgs. 13 y 152.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. P. Lecciones de derecho de la información. Madrid: Tecnos, 2003, p. 148.

- URIOSTE, Mercedes. Protección de los datos personales, página de texto publicado <http://comunidad.derecho.org/redi/Habeas.zip>, visitada en febrero de 2015.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario; “El trabajo del menor de edad”, en La tutela de los derechos del menor. 1er Congreso Nacional de derecho Civil, Córdoba, 1984, p. 415.
- VAMPRÉ, S. Do nome civil, Rio de Janeiro, F. Briguiet, 1935.
- VARELA, Alfredo. Direito Constitucional Brasileiro (Reforma das Instituições Nacionais). Brasília: Senado Federal, 2002.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria Geral do Direito Civil, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, pgs. 669 y ss.
- VAUNOIS, Albert. La liberté du portrait, Paris: Chevalier-Marescq, 1894..
- VEGA VEGA, J. Derecho Constitucional revolucionario en Cuba, Ciencias Sociales, La Habana, 1988, pgs. 72-75.
- _____. Derecho de autor. Editorial Tecnos S.A., 1990; VARIOS. Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (1) Derechos de autor y derecho conexos en los umbrales del año 2000, vol. 1 y vol. 2, Madrid, 1991; p.71, VARIOS. Congreso Iberoamericano sobre Derecho de autor y Derechos Conexos (3o.) 110 años de protección internacional del Derecho de autor : Berna, 1886- Ginebra, 1996 (coordinación de la edición, Ricardo Antequera Parilli, Amalia L. Robella), Montevideo, 1997.
- VELEIRO REBOREDO, Belén. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico: Medidas que deben adoptar los prestadores de servicios de la sociedad de la información, en Datos personales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, N°. 2.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.1, p. 200.
- _____. Direito civil: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1, pgs. 171-173.
- VENZI. Notas a las Istituzioni de diritto civile italiano de PACIFICI-MAZZONI, Turín, 1928, vol. II-I, p. 26.
- VERCELLONE, Paolo. Il diritto sul proprio ritratto. Toriense Turim, 1959, pgs. 10-11.

- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 2007, pgs. 1390-1402.
- VERDÚ, (coord. por Raúl Morodo Leoncio, Pedro de Veja), Vol. 2, 2001, pgs. 755-778.
- VESSONI, Elaine Parpinelli Moreno. “A força normativa da Constituição, Konrad Hesse e a Essência da Constituição, Ferdinand Lassale” (comentários bibliográficos) em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, jan./jun., 2005, pgs. 360 y ss.
- VEYNE, Paul. *Do Império Romano ao ano mil*. In: Philippe Ariès e Georges Duby. *História da vida privada*. Trad; Hildegard Feist. 10. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1994. v.1, Cap.1, p. 164.
- VIAL SOLAR, Tomás, citando a Carlos PEÑA en: *El derecho a la vida privada y a la libertad de expresión en las Constituciones de Chile y España: una propuesta de criterios de análisis*. Tesis para optar al grado de Magister en derecho público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile 1997, p. 122.
- VIDAL MARÍN, T. *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*. Madrid, 2000, p. 63.
- _____. *El derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional*, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 1, Universidad Pompeu Fabra, 2007, pgs. 1 - 63.
- _____. *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid, 2000
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Madrid, 1984, pgs. 82 y 88.
- _____. “Algunos datos y observaciones acerca de la construcción civil de los derechos de la personalidad (derechos y libertades inherentes a la persona en la actual etapa de desarrollo tecnológico” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis DIEZ-PICAZO*, Tomo I, *Semblanzas, Derecho Civil, Parte General*, Thomson Civitas, 2003, pgs. 1073-1104.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed. Almedina: Coimbra, 2001, pgs 43 y ss.

- VIEIRA, S. Aguiar do Amaral. Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos, São Paulo: J. de Oliveira, 2002.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. “O cérebro e o direito à identidade sexual” in: Consulex: revista jurídica, v.10, n. 219, p. 13, fev., 2006.
- VILLALBA en: Carlos A. “La afirmación del derecho de autor” en Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (3o. 1997. Montevideo) 110 años de protección internacional del Derecho de Autor: Berna, 1886 - Ginebra, 1996 (coordinación de la edición, Ricardo Antequera Parilli, Amalia L. Robella, 1997, págs. 59 -80.
- _____. LIPSZYC, Delia. “Protección de la propia imagen” in Revista Interamericana de derecho intelectual, jul/dic, 1979, vol. 2, pgs. 68-103.
- VILLAR URIBARRI, J. Manuel. El Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet, Madrid, 2002.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. Los derechos del público. El derecho a recibir información del Artículo 20.1. de la Constitución Española de 1978. Madrid, Tecnos, 1995.
- VISINTINI. Il diritto all'immagine, en L'informazione e i diritti della persona, Napoli, 1983, p. 59.
- VITAL MOREIRA, O Direito de Resposta na Comunicação Social, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, págs. 92 y ss.
- VITTORI o FROSINI, Il diritto nella società tecnologica. Milano Giuffrè, 1981, pgs. 279-280.
- VIVAR FLORES, Alberto. “El liberalismo constitucional en la fundación del Imperio brasileño” en Historia Constitucional (revista electrónica), n. 6, 2005. <http://hc.rediris.es/06/index.html>.
- WALD, Arnaldo. Direito civil: introdução e parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 119.
- WALTER MORAES. “Como se há de entender o direito constitucional a própria imagem” in Repertório IOB Jurisprudência : Comercial, Civil e Outros, n.5, pgs.84-82, 1.quinz. mar., 1989.

- WARREN Samuel- BRANDEIS, Louis; “The right to the privacy”, en Harvard Law Review, 1890, vol. IV, nº 5, pgs. 193-219
- WARREN Samuel- BRANDEIS, Louis; El derecho a la intimidad, Madrid, 1995, pgs. 44-45.
- WARREN, S.-BRANDEIS, L.; op. cit., pgs. 46-66.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. El derecho a la intimidad, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Madrid: Civitas, 1995.
- _____. El derecho a la intimidad, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Madrid: Civitas, 1995.
- WEINGARTNER NETO, Jayme. Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 147.
- WESTIN, Alan F. Privacy and Freedom. Atheneum, New York, 1967, apud LOPÉZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina. Dykinson, Madrid: 1996, p. 188.
- WHELING, Arno. “A ruptura e a continuidade no Estado Brasileiro, 1750-1850” en História Constitucional, nº 5, 2004.
- WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. Aspectos controversos dos direitos da personalidade: as concepções e os meios de tutela. In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 11, 2009. Anais...cit., Curitiba, PR: Faculdade de Direito UFPR, 2009, pgs. 113-124.
- YSÀS SOLANES, M^a. La protección de la memoria del fallecido en la L.O. 1/1982, en Homenaje a Juan Brechmans, Vallet de Goytisolo, Edit. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1988, Vol. II, p. 794.
- _____. “La protección a la memoria del fallecido en la Ley Orgánica 1/82”, en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Vol. VI, Madrid, 1988, pgs. 739-794.
- ZANNONI, Eduardo A. y BÍSCARO, Beatriz R., Responsabilidad de los medios de prensa, Buenos Aires, 1995, p. 76.
- ZOCO ZABALA, C. Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias. J. M. BOSCH Editor, Barcelona, 2003, pgs. 28-32.

ZÚNIGA LIRA, Paulina; El Derecho a la Intimidad y la Protección de Datos de Carácter Personal, Tesis de Grado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, p. 5.

ZURITA GODOY, Guillermo. Derecho de la imagen. Disponible en: http://www.wikilearning.com/concepto_de_imagen_corporativa-wkccp-15036-2.htm, visitado en fecha septiembre de 2014.