

EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN ESPAÑA Y EN BRASIL

THE CONSTITUTIONAL CONCEPT OF THE RIGHT TO OWN IMAGE IN SPAIN AND IN BRAZIL

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz*

Resumen: El objeto de este artículo se centra en examinar el concepto del derecho fundamental a la propia imagen en España y en Brasil. La Constitución Española de 1978 garantizó el derecho a la propia imagen en el artículo 18.1. La Constitución Brasileña de 1988 incluyó el derecho a la propia imagen en tres incisos del artículo 5°. El objetivo de este texto es explorar, de modo sucinto, la inserción del derecho a la propia imagen en los sistemas constitucionales de España y de Brasil, con el análisis de lo que dice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y el Supremo Tribunal Federal de Brasil para depurar si los tres incisos del texto constitucional brasileño corresponden a un concepto tripartito de tal bien jurídico. Se utiliza el método deductivo, con apoyo en una investigación bibliográfica y documental. La principal conclusión es que el concepto adecuado del derecho a la propia imagen consiste en la facultad de aprovechar (positiva) o de excluir (negativa) la posibilidad de la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y tornan reconocible la figura de la persona humana, concepto éste que puede ser leído en la Constitución Brasileña de 1988. Sin embargo, en España el concepto constitucional del derecho a la propia imagen de la Constitución Española de 1978 se restringe a la facultad negativa (de exclusión). De otro lado, la facultad positiva está reservada al ámbito infraconstitucional.

Palabras-clave: Derechos fundamentales. Derecho a la propia imagen. Facultad negativa. Facultad positiva.

Abstract: This paper aims to examine the concept of the fundamental right to own image in Spain and in Brazil. The Spanish Constitution of 1978 guaranteed the right to own image in Article 18.1. The Brazilian Constitution of 1988 included the right to own image into three subsections of Article 5°. The goal of this paper is to explore, so succinctly, the insertion of the right to own image in the constitutional systems of Spain and Brazil, with an analysis of what he says the Spanish Constitutional Court's jurisprudence and the Supreme Court of Brazil to debug if the three subsections of Brazilian Constitution correspond to a tripartite concept that right. Deductive method is used, supported on a bibliographic and documentary research. The main conclusion is that the concept of the right to own image is the faculty of avail (positive) or exclude (negative) the possibility of graphical representation of expressions, or personal evocations visible external physical appearance and become singling and recognizable the figure of the human person, a concept that can be read in the Brazilian Constitution of 1988. However, in Spain the constitutional concept of the right to own image of the Spanish Constitution of 1978 is restricted to the negative faculty (exclusion). On the other hand, the positive faculty (avail) is reserved to the normal law.

Keywords: Fundamental rights. Right to own image. Negative faculty. Positive faculty.

* Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla; Professor e Pesquisador Acadêmico do Núcleo de Pós-graduação em Direito da Universidade Tiradentes e do Instituto de Tecnologia e Pesquisa; Membro do cadastro nacional de avaliadores de Cursos de Direito do Inep/MEC; Avaliador ad hoc de periódicos especializados; Rua Professora Ofenísia Freire, 55, Edifício Fábio Sampaio, 404, Farolândia, 49.030-213, Aracaju, SE; mar.cunhaecruz@gmail.com

Introducción

Los veinte y cinco años de la Constitución de Brasil de 1988 (CF-88) no pueden pasar inmunes de un análisis histórico de la inserción de algunos derechos fundamentales en su texto. Tal afirmación se justifica porque el movimiento democrático que le originó tuvo influencias incontestables de algunos países en los que la República Federal de Brasil encuentra inmanentes raíces y que contribuyeran decisivamente para la conformación de la redacción del texto constitucional promulgado el 5 de octubre de 1988. La Historia permite que se establezca un sustancioso diálogo entre el constitucionalismo español y el constitucionalismo brasileño. Y en 1987, en la oportunidad de los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente Brasileña (ANC-1987), el influjo del constitucionalismo español estuvo presente una vez más, especialmente cuando se trata de la inserción del derecho a la propia imagen en la Constitución de Brasil, pues fue la experiencia española la primera a constitucionalizar tal derecho.

En este sentido, el texto constitucional brasileño de 1988 regula, de modo autónomo, algunos de los derechos de la personalidad, como el honor, la intimidad, la vida privada y la propia imagen y los reputa fundamentales. Al hacer esta distinción, por supuesto, el constituyente brasileño quiso delimitar el concepto de dichos bienes, clasificándolos como independientes entre sí. Hay que reconocer, por tanto, que a partir de la Constitución de 1988, cualquier punto de vista jurídico-político que rechace la autonomía de estos derechos, o intente negar, de modo indebido, la referida distinción, debe ser entendido como anticonstitucional. Se insertó el derecho a la propia imagen, junto a los “nuevos” derechos de la personalidad, en la parte dogmática del texto constitucional, en el Título II: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Es oportuno observar que tal Título fue ubicado después de los principios fundamentales del Estado Brasileño, lo que confirma la determinante importancia de los derechos fundamentales en el Estado democrático. Al hacerlo así, la Constitución de 1988 rompió con la tradición de las anteriores constituciones brasileñas, las cuales los encuadraban en los últimos capítulos. De esta forma, se aprecia con claridad que la intención del constituyente era elevar la dignidad de la persona humana hasta situarla como uno de sus fundamentos, en el artículo 1º, inciso III, garantizar los derechos individuales de los ciudadanos y fomentar el desarrollo estatal de acuerdo con un modelo democrático. En efecto, el constituyente tuvo atención especial con estipuladas materias, tratándolas como principios conformadores de los demás preceptos constitucionales. Son, pues, la base del sistema constitucional y no pueden ser alterados, porque si fueran modificados o infringidos, llevarían al hundimiento al Estado democrático y social de Derecho brasileño fundado en 1988.

De todo lo expuesto, se ha de extraer que si el derecho a la propia imagen está catalogado como un derecho individual y, por consiguiente, está inserto entre las llamadas “cláusulas pétreas”, cualquier intento de alteración o menoscabo del mismo debe ser rechazado, por afectar de modo directo a los principios constitucionales que estructuran el sistema democrático. El derecho a la propia imagen se reguló de forma expresa y au-

tónoma, 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).

Tras esta regulación constitucional, el interrogante que ha surgido en la doctrina brasileña es si esta triple mención en el texto induce a la configuración de tres conceptos distintos del derecho a la propia imagen, o no. La respuesta a esta cuestión no cabría en este espacio, pero con el estudio del derecho a la propia imagen de España se intentará examinar si la experiencia española puede ser (una vez más) un norte para la depuración del concepto constitucional del derecho a la propia imagen de la Constitución de Brasil de 1988.

Nada obstante, es innegable la importancia del estudio del fundamental derecho a la propia imagen, pues es irrefutable la influencia de la imagen en la sociedad del siglo XXI. La representación gráfica del aspecto externo de los rasgos físicos de la figura de la persona humana se ha expandido cada vez más, no sólo de modo cuantitativo sino también cualitativo. Se constata esta afirmación con el actual y creciente predominio de la información visual sobre la escrita-verbal, como ya preveía Guy Debord (1997). Esto es así porque la información visual llega a la sensibilidad crítica sin obedecer, necesariamente, a las inflexiones del raciocinio, pues los efectos visuales cognitivos, en un primer instante, 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, proporcionar el descenso y el demérito del discurso crítico. Desde esta perspectiva, la preponderancia de la expresión y de la información visual sobre la verbal ha tomado un agresivo espacio en la publicidad de las ideas y de los productos. Aquí reside la importancia del valor publicitario de la imagen, pues su carácter visual-sensitivo la sitúa en la cúspide de la información contemporánea, configurándose, pues, un verdadero “mercado de las imágenes”. Por ello la afirmación de que “una imagen puede valer más que mil palabras” se ha tornado tan frecuente.

Como consecuencia de este proceso, se estableció una relación directamente proporcional: cuanto más se utiliza la imagen, habrá más riesgos, 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, el más susceptible de ser ofendido. En efecto, el cambio de la sociedad agraria del siglo XIX hacia la sociedad urbana e industrial del siglo XX y a la sociedad cada vez más informatizada del siglo XXI, la mayor participación de los individuos en el ejercicio del derecho de sufragio y el consiguiente fenómeno de la “repersonalización” del Derecho otorgaron un mayor relieve y coadyuvaron a la consecuente protección constitucional de la inviolabilidad personal, representada también en el derecho a la propia imagen. La tensión entre el desarrollo social y el derecho individual a la propia imagen ha llevado a la inserción del mismo en los textos constitucionales,

y hay que señalar que la fuerza normativa de la Constitución ha hecho posible el respeto a la autonomía del derecho a la propia imagen, además de favorecer su estudio por el Derecho constitucional.

A tenor de cuanto antecede, dada la importancia paulatina que la imagen ha adquirido en nuestros días, el objetivo de este presente trabajo académico no es examinar, de modo exhaustivo, todos los interesantes matices que emanan del derecho a la propia imagen, sino resaltar, de modo sucinto, su inserción en los sistemas constitucionales de España y de Brasil, países objeto de este monográfico, y, principalmente, examinar lo que dice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (TC) y el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) para depurar si los tres incisos del texto constitucional brasileño corresponden a un concepto tripartito de tal bien jurídico, o no. Dada su intrínseca relación histórica, no por acaso España y Brasil establecen expresamente que el derecho a propia imagen es un derecho fundamental. La construcción jurídica del derecho a la propia imagen en España puede, como se verá, ser un paradigma para llevar a cabo el objetivo de este escrito.

Para responder al problema suscitado, se utiliza el método deductivo, con apoyo en una investigación bibliográfica y documental. El desarrollo del texto sigue las siguientes etapas: escribo un breve histórico de la construcción jurídica del derecho a la propia imagen; analizo, de modo breve, su configuración constitucional en España y los cardinales puntos de la jurisprudencia del TC; examino resumidamente la experiencia brasileña y las decisiones del STF que pueden contribuir con el objeto; para proponer una respuesta al objetivo pretendido. Al final serán ofertadas algunas conclusiones.

1 Antecedentes históricos del derecho a la propia imagen

Es oportuno comentar, de modo conciso, los antecedentes históricos del derecho a la propia imagen, en los cuales se constata que hubo algunos momentos distintos en la evolución de su construcción jurídica.

El primer momento se puede nombrar de “la idea de imagen”, en el que se identifica la simbología que tal instituto jurídico siempre ha tenido. Se remonta a la época en que los seres humanos vivían en las cavernas y buscaban reproducir, con las pinturas rupestres, los hechos, sus propias imágenes, etc. Esta afirmación puede verificarse a través del estudio de las costumbres de los egipcios, de los griegos y de los romanos, que tenían la preocupación de registrar, por medio de imágenes, a sus reyes, a las personas de relieve o incluso a desconocidos (AFFORNALLI, 2003, p. 25-27), pues 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, 1997, p. 22).

No obstante, se suele admitir que la idea del *ius imaginis* surgió entre los romanos y logra una relevante importancia durante la República romana. *Imago* era la mascarilla de cera que reproducía el rostro del difunto. Al principio era un privilegio de determinados magistrados curules y consistía en la posibilidad de mantener en el *atrium* de sus domi-

cilios y exponer en determinadas ceremonias (cortejos fúnebres y victorias de la familia) los retratos (bustos de mármol o de bronce, máscara de cera, estatuas) de los antepasados.

Josep Ginesta Amargós (1983) afirma que al inicio era un derecho que sólo operaba *post mortem*. Antiguamente era prohibido colocar en lugares públicos estatuas de seres vivientes, e incluso en las casas particulares este derecho se veía mermado ya que su colocación en ellas debía ubicarse en lugares que no fueran accesibles a quienes no formaban parte de la familia. Por ello, añade el mencionado autor, que Cicerón indujo entre los derechos de los magistrados curules el *ius imaginis ad memoriam posteritatem prodendam*. Relata, también, que la presencia de las imágenes de los antepasados en los funerales de los familiares recientemente fallecidos, así como de personas de renombrado prestigio por altos cargos públicos alcanzados en vida, era una costumbre arraigada entre las clases sociales más elevadas, y no sólo de las personas ligadas a las fuentes jurídicas, sino también las literarias. Se colocaba, pues, en los atrios de las casas, después de la muerte de un familiar, una máscara de cera (*imago*) que luego se pintaba. Debajo de la *imago* se colocaba el *titulus*, que reseñaba los cargos políticos que había ostentado el difunto, sus orígenes y su genealogía, para mayor y mejor conocimiento de la población en general. En este contexto, cabe afirmar que el *ius imaginis* se preocupaba de determinar cuándo y cómo la imagen podría ser divulgada socialmente, pero esta característica, en realidad, lo acercaba mucho más al concepto de derecho de propiedad hoy en vigor.

En efecto, tal idea demuestra su profunda lógica cuando se examina cómo se reproducían las imágenes de esa época. Dicha tarea competía a los artistas con algún talento para ello, lo que convertía esa labor, según António Menezes Cordeiro (2004, p. 193), en una “operação cara, demorada e só acessível a especialistas que tivessem sofrido um complicado processo de aprendizagem”. Con el hundimiento del Imperio Romano, pocas son las evoluciones jurídicas vinculadas al derecho a la propia imagen que merecen destacarse, aunque en el Medievo se constatan grandes progresos en la pintura y en la escultura, en el arte en general, provenientes, como es lógico, de la innata voluntad del ser humano querer representarse a si propio (ALMEIDA, 2008).

Sin embargo, las concretas digresiones sobre el *ius imaginis*, las cuales, argumenta Gitrama González (1979), emergieron con las polémicas sobre la *potestas hominis in se ipsum* en los siglos XVI y XVII¹. Afirma Jacqueline Sarmiento Dias (2000, p. 41) que se puede interpretar algunas discusiones sobre el *ius imaginis* en la manifestación de un derecho sobre sí mismo *jus in se ipsum* con la publicación, en 1609, del *Tractatus de postestate in se ipsum*, de Baltasar Gómez de Amezcua. Se admitía un derecho individual y autónomo de disposición sobre el propio cuerpo, y de este derecho derivaría la facultad de disponer del reflejo del cuerpo, entendido como la imagen de la persona.

El momento histórico siguiente, en el cual se perciben los factores que influyeron en la teoría del derecho a la propia imagen, se da con el iusnaturalismo racionalista

¹ Plantea Estela Cristina Bomjardim (2002) que el Rey D. Juan III en 1523, cuando reprochó la deformación fisonómica y afirmó que la imagen sería lo que de mejor tiene la persona humana.

y la incesante búsqueda de la valoración del ser humano, junto a la consecuente lucha por los derechos que asegurasen su protección. No obstante, el debate específico sobre su configuración jurídica tuvo su principal impulso tras la invención de la fotografía en 1829, por el químico francés Nicéforo Niepce, y después perfeccionada por Luis Jacobo Mandé Daguerre (creador del daguerrotipo - 1839).

A partir de tal invención, se erige el segundo momento en el que se constata la evolución de la construcción jurídica del derecho a la propia imagen los precedentes judiciales. Y es en Francia donde se sitúan las primeras sentencias sobre el derecho a la propia imagen (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 53). Relata Pedro Ruiz y Tomás (1931, p. 114) que el Tribunal del Sena, el 11 de abril de 1855, dictó un fallo en el cual se prohibió la exposición al público de un retrato sin el consentimiento de la persona representada. Entendió dicho Tribunal que no se podía, bajo ningún pretexto, dar publicidad a los rasgos de una persona y que tampoco podía exponerse en un salón de Bellas Artes el retrato de un individuo contra su voluntad o contra la de su familia (si aquél estuviera muerto o incapacitado), o bien contra la del propietario de la reproducción. El autor confirma que es la jurisprudencia francesa la que con mayor fuerza proclama el derecho a la propia imagen a mediados y fines del siglo XIX, “cuando todavía humeaban los rescolos de la Revolución, y, por lo tanto, ocupaban el primer plano de la intelectualidad francesa los resabios individualistas”.

Sin embargo, la decisión judicial más conocida de esa época sobre el tema es la del año 1858². El mismo Tribunal se pronunció sobre una demanda, en la cual se defendía el derecho a la propia imagen de una actriz francesa (Rachel) ante una pintora (O’Connell). La familia de Rachel había contratado dos fotógrafos para retratar la imagen de la actriz en el momento de su muerte, estableciendo que las fotografías reproducidas serían de propiedad de la familia. La pintora O’Connell obtuvo tales fotos y las reprodujo en dibujos con el fin de comercializarlos. La sentencia del Tribunal declaró ilícita la reproducción de los dibujos hechos a partir de las fotografías sacadas. A petición de la familia, el Tribunal decidió la aprehensión del original y de las diversas pruebas fotográficas, ordenando su destrucción y declarando que nadie podía, sin el consentimiento formal de la familia, reproducir y publicar los rasgos fisonómicos de una persona en el momento de su muerte, aunque se tratara de una persona célebre (RUIZ Y TOMÁS, 1931; AZURMENDI ADARRAGA, 1997).

El tercer momento de la construcción jurídica del derecho objeto de este artículo se instituye con la positivación del derecho a la propia imagen. Pedro Ruiz y Tomás (1931, p. 121) precisa que muchos autores sostienen que el primer reconocimiento imperfecto del “derecho a la efigie” está en la ley alemana de 10 de noviembre de 1842³. Describe

² En 1902, el mismo Tribunal fundamentó una decisión afirmando que no se podía fotografiar a nadie sin su consentimiento, excepto cuando la persona por su función o profesión, naturaleza del servicio o notoriedad presente o pasada suscitara un interés especial y que no resultara ningún perjuicio. Hermano Duval (1988, p. 37) añade que controversias doctrinales en Francia (1855), en Alemania con la Ley de 9-1-1907 y en Italia, desde 1903, promovieron la discusión jurídica sobre el tema. Luigi Ferrara (1940, p. 39-90), en un trabajo sobre Derecho Comparado, catalogó treinta y dos demandas judiciales ya en 1903, lo que acredita la nueva protección debatida sobre el *ius imaginis*.

³ Pedro Ruiz Y Tomás (1931, p. 121) describe también que la ley rusa de 21 de enero de 1845 preveía que el artista no podía reproducir, multiplicar y publicar los retratos y cuadros de familia, sin el permiso de quien los había encargado

también que la ley rusa de 21 de enero de 1845 preveía que el artista no podía reproducir, multiplicar y publicar los retratos y cuadros de familia, sin el permiso de quien los había encargado (o de sus herederos). Añade que la ley inglesa de 29 de julio de 1862 establecía que el derecho de reproducción de un cuadro, escultura, etc., correspondía al artista, no al comprador o comitente de la obra, excepto si se hubiera pactado de otro modo o si se tratara de fotografías. No obstante, defiende Walter Moraes (1972, p. 66) que el derecho positivo sobre la propia imagen empezó con la ley alemana de fotografía de enero de 1876. Afirma Antônio Chaves (1972, p.45-75) que en enero de 1876 fueron editadas en Alemania dos leyes que mencionan el derecho a la propia imagen: la ley del día 09 y la del día 10. La ley del día 9 trataba de los derechos de autor sobre sus obras de arte y la ley del día 10 regulaba la protección que se daba a la fotografía y su reproducción ilícita. Esta ley, junto a la normativa sobre propiedad intelectual y artística de Austria (1885), seguida por la ley belga sobre el derecho de autor de 22 de marzo de 1886 (art. 20), establecen el inicio del reconocimiento del derecho a la propia imagen en territorio europeo.

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 imagen (HERRERO-TEJEDOR, 1994).

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 (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 46). Tal afirmación puede compartirse, a mi juicio, por dos razones. Antes de que se inventara la fotografía, la imagen de una persona era representada, normalmente, con el consentimiento del titular, pues para que se hicieran cuadros, bustos, esculturas, dibujos u otros procedimientos de representación de las imágenes, el retratado necesaria y usualmente debería posar para el pintor, dibujante o escultor⁴. Ni siquiera se imaginaban las amenazas, hoy demasiado presentes, de los teleobjetivos. Como consecuencia, no se planteaba una estricta discusión jurídica de la protección de la imagen humana. La invención de la fotografía y, posteriormente, la posibilidad de reproducción de copias, permitió la mul-

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

⁴ Pedro Ruiz y Tomás (1931, p. 51-52) asevera que para la multiplicación de las copias de un cuadro o busto se recurría a una nueva pintura o modelado, "lo cual reclamaba el consentimiento del propietario de los trabajos artísticos, que casi siempre era el retratado o sus causa habientes y sólo se podía dar el caso improbable de estar aquéllos en poder de un extraño o de haber sido sustraídos fraudulentamente". Concluye que el escaso alcance de la difusión del retrato por las pocas reproducciones legítimas o ilegítimas no convertía este hecho en una ofensa grave, constante, y no significaba un peligro social.

tiplicación de las imágenes de las personas, y, por consiguiente, su exposición de forma más frecuente y ostensible.

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 de cada vez más importancia con la aparición de la televisión, al 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”. Afirma que 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 del post-guerra otorgaron un protagonismo de la imagen humana, la cual reclamó una protección jurídico-constitucional.

En mi opinión, la idea de la imagen y su conocimiento por parte de los seres humanos siempre ha existido, dado su carácter 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.

2 Una aproximación del concepto del derecho fundamental a la propia imagen en el Tribunal Constitucional de España

Es oportuno resaltar que la inserción de la palabra “imagen” en redacción del artículo 18.1 de la Constitución Española de 1978 (CE-78) inaugura la tutela constitucional expresa del derecho a la propia imagen no sólo en la historia constitucional española, sino en el constitucionalismo occidental. Resalta Javier Pardo Falcón (2005, p. 349) que el derecho a la propia imagen no aparece inicialmente inserto en el Anteproyecto de Constitución, aunque sí alude de manera expresa en el artículo 20.5, como uno de los límites específicos de las libertades de expresión. Elvira López Díaz (1996) aduce que 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, 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 estas planteaba oportunamente la inclusión de la garantía del derecho a la propia imagen. Ya en el Senado, este artículo fue objeto de una sola enmienda que consideraba que no era necesario aclarar que la intimidad es personal y familiar, pues significa una zona espiritual íntima de una persona o de un

grupo, especialmente de una familia y que la propia imagen era un concepto que sobraría por impreciso ya que lo englobaban los dos anteriores. Dicha enmienda fue rechazada y el artículo permaneció con la redacción ahora en vigor (Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Posteriormente, el *iter constituyente* de 1977 reconoció de modo expreso el derecho a la propia imagen como un derecho autónomo, convirtiéndose así la CE-78 en la primera en este terreno.

Sin embargo, en un interesante texto sobre el derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet, Esperanza Gómez Corona (2011) discute algunos puntos en los que señala la praxis de este derecho, y define que su operatividad frente a los medios de comunicación se ve atenuada por (i) la discutida autonomía del derecho a la propia imagen; (ii) las dudas en la determinación de su contenido; (iii) la titularidad del derecho por los “personajes públicos”; (iv) los criterios de delimitación del contenido a la propia imagen (usos sociales y actos propios) y (v) su doble naturaleza (personal y patrimonial). No es objeto de este escrito, como ya dicho, debatir el derecho a la propia imagen en los dos países en los que se examina su concepto, España y Brasil. No obstante, para la propuesta de este trabajo, es importante resaltar que la característica más notable y relevante del estudio del derecho a la propia imagen en el territorio español es su bipartición en contextos bien distintos: el moral y el patrimonial. Tanto la jurisprudencia como la doctrina españolas hacen una clara diferencia sobre el ámbito constitucional-moral y el ámbito civil-patrimonial que el derecho a la propia imagen puede tener (IGARTUA ARREGUI, 1991; FAYOS GARDÓ, 2000).

En España se clasifica la facultad negativa (de exclusión) como el concepto moral/constitucional de imagen, de otro lado, la facultad positiva (de aprovechamiento) sería su vertiente patrimonial/infraconstitucional (LÓPEZ MINGO TOLMO, 2005, p. 29-30). El derecho constitucional a la propia imagen es el de carácter moral, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde⁵. El derecho patrimonial a la propia imagen es la proyección estrictamente económica, material, simplemente pecuniaria, es el derecho subjetivo patrimonial que tiene protección infraconstitucional, se trataría de la dimensión legal y civil (GARCÍA SANZ, 2008). Para corroborar esta tesis de distinción, es conveniente traer a colación la aclaradora STC 81/2001, del Tribunal Constitucional de España (TC), 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

⁵ Cfr.: STC 77/2009, de 27 de abril, FJ2; STC 12/2012, de 24 de febrero, FJ5.

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 humana. [...] Así, pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas⁶.

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 Órgano 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. En esta línea de razonamiento, conviene referirse a las palabras de Joaquín Pablo Urías Martínez (2003) que esclarece que el bien protegido (constitucional) no es, desde luego, la capacidad de enriquecimiento, sino la dignidad de la persona humana. 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 una degradación y por eso lo prohíbe la Constitución. Como conclusión, el mencionado autor 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, reiterada en la STC 23/2010, de 27 de mayo, es que como derecho fundamental su alcance llega hasta donde se verifique la finalidad de garantizar, por 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 por 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, pues, a raíz de la jurisprudencia de la Corte, 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 infraconstitucional (PASCUAL MEDRANO, 2003).

En este sentido, el artículo 18.1 de la CE limita su tutela al núcleo fundamental de expresiones reservadas de una persona y está sentada para que las concretas manifestaciones empleadas no comprometan valores fundamentales de la personalidad del efigiado (COUTO GÁLVEZ; et. al., 2005). El resto de manifestaciones y en particular

⁶ En el mismo sentido la STC 156/2001, de 2 de julio FJ6; la STC 83/2002, de 22 de abril, FJ4; la STC158-2009, de 28 de julio, FJ3.

las que afectan exclusivamente a aspectos patrimoniales (no morales), comparadas al estadounidense *right to publicity* (GUTIÉRREZ DAVID, 2013), se protegen por medio de la legalidad, y específicamente en España, por el artículo 7.6, 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 (LOPH) (CALAZA LÓPEZ, 2011). Por ello, se entiende que las otras derivaciones de la imagen humana, como puede ser su rendimiento económico, no entran dentro de la protección constitucional del derecho a la propia imagen, pues como afirma Javier Pérez Royo (2005) la propia imagen es un derecho fundamental de la personalidad, la explotación económica de la propia imagen no lo es.

Sin embargo, tal clasificación no impide, como el propio TC advierte en el fundamento jurídico 4 (FJ4) de la STC 23/2010, de 27 de mayo, que la utilización comercial sin consentimiento de la imagen de una persona siga constituyendo una vulneración del derecho fundamental, pues “las posibles consecuencias patrimoniales del uso ilegítimo de la imagen ajena no obstan para su protección constitucional”. La captación, reproducción o publicación sin consentimiento de la imagen de una persona, con independencia de su finalidad, constituye, en principio, una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, ya que con ello se está interfiriendo en el ámbito de libre determinación individual amparado por el mismo. El hecho de que el uso inconsciente de la propia imagen tenga fines comerciales no excluye, *a priori*, un daño moral – una vulneración del derecho fundamental – al margen del perjuicio patrimonial (PASCUAL MEDRANO, 2003).

Como han reconocido tanto el Tribunal Supremo (TS) como el TC, resulta obvio que una vulneración al 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 (PARDO FALCÓN, 2005). Se tendrá, en estos casos, pues, un cometido híbrido o heterogéneo del contenido moral/negativo del derecho a la propia imagen.

Pese a la existencia de la división entre los dos conceptos del derecho a la propia imagen en España, es cierto que la imagen siempre estará conectada a la individualidad de la persona humana, motivo por el cual sea considerado desde la perspectiva de su aspecto negativo o positivo, el derecho a la propia imagen nunca dejará de pertenecer a la categoría de los derechos de la personalidad. En este sentido plantea Miren Gorrotxategi Azurmendi (1995, p. 349-374) observa que la dimensión patrimonial modula el régimen aplicable, pues admite su fruición, urge tener en cuenta el estado potente del derecho de la personalidad que ha de poder surgir cuando su titular lo invoque. Esta posición ya fue expresada por el TC en el fundamento jurídico 3 (FJ 3) de la STC 117/1994, de 25 de abril, cuando se señala que

[...] mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad [...] mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado.

Al analizar tales supuestos, ha de prevalecer, pues, una concepción eclética o finalista, como defiende María del Carmen García Garnica (2004), para depurar la distinción de la vertiente moral y patrimonial del contenido del derecho a la propia imagen, considerando, con carácter general, que se estará ante un acto de ejercicio del contenido esencial de este derecho cuando se ejerza la facultad de consentir la utilización de la imagen, o se rechace su reproducción, utilización y difusión que no tengan, por estricta finalidad, la creación de derechos de carácter económico, supuesto en el que regirán las reglas propias de naturaleza jurídica patrimonial.

En realidad, un interrogante que se ha de suscitar es cuál sería el motivo de esta discusión sustantiva entorno del 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, o sea, el negativo-constitucional y el positivo-civil. Prácticos, pues en aras procesales, 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 aludido Tribunal está inserto en el apartado 2, del artículo 53, de la CE-78⁷ y esta orientación constitucional se plasmó en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el art. 2.1.b)⁸.

En una de las oportunidades que ha sido instado a pronunciarse sobre el aspecto positivo del derecho a la propia imagen, el TC 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, Javier Pardo Falcón (2005) aduce, de forma congruente, 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 fuera su finalidad, pero también por un aspecto positivo circunscrito a la facultad de disposición siempre que su propósito directa o indirecta no tuviera carácter lucrativo, pues difícilmente puede adjetivarse de patrimonial un acto en el que la utilización de la imagen no se vincula en absoluto al valor económico que pudiera tener.

Esta postura sería la más adecuada a la finalidad del constituyente español que quiso ubicar en dos Secciones distintas los derechos fundamentales del Capítulo II, del Título Primero, reservando la primera de ellas para aquellos carentes de contenido económico o patrimonial. Por cierto, el aspecto constitucional del derecho a la propia ima-

⁷ 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”.

⁸ “El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: (...) b) del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53.2 de la Constitución.”

gen 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 Constitucional⁹. De otro lado, el ámbito patrimonial se identifica con la facultad de explorar comercialmente la imagen concretada, con contornos estricta y evidentemente mercantiles, ratificando la posibilidad de explotación económica de la propia imagen, el *right to publicity* (IGARTUA ARREGUI, 1991), pero la defensa de esa dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen sólo tendrá acceso al Tribunal Supremo si se dan los presupuestos genéricos, pues no tiene consideración de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En definitiva, la importancia práctica-procedimental de diferenciar entre la dimensión moral y la patrimonial del derecho a la propia imagen radica en que esta última no es susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional y se sitúa extramuros de la protección constitucional del artículo 18.1 de la CE, aunque la tutela de la ley seguirá siendo invocable ante la jurisdicción ordinaria, incluido el Tribunal Supremo (COUTO GÁLVEZ; et. al., 2005).

3 Una aproximación del concepto del derecho fundamental a la propia imagen en el Supremo Tribunal Federal Brasil

El propósito de este artículo no permite un profundo análisis histórico sobre la inherente relación e influencia de los movimientos constitucionales de España en la historia constitucional brasileña. No obstante, basta comentar que el influjo del constitucionalismo español en el brasileño ya fue objeto de examen por dos de los más grandes constitucionalistas brasileños: Paulo Bonavides y José Afonso da Silva. Los dos autores resaltan este histórico vínculo desde el Imperio hasta la democracia actual.

Bonavides (2003, p. 204) recuerda que una lectura de la Constitución Gaditana de 1812 (la "Pepa") y la Constitución del Imperio de 1824 revela "a perfeita identidade ideológica e comunhão filosófica de princípios políticos das duas Constituições"¹⁰. Como muestra de la influencia española en la actual democracia del Estado Brasileño, informa Bonavides que antes del movimiento "Diretas-Já", un senador de la dictadura, Fernando Henrique Cardoso, propuso, como primer gran paso para volver a la democracia, el paradigma de los Pactos de la Moncloa. Comenta Bonavides (2003, p. 218-219) que la experiencia española ha tenido también fuerte influencia benéfica en la transición brasileña de un gobierno de derecha para un gobierno de izquierda, pues comenta sobre un reportaje del periódico Folha de S. Paulo, del 29 de Junio de 2002, en que Luis Inacio Lula da Silva, en el cual dijo Lula que "Pela primeira vez na história do Brasil, um traba-

⁹ Cfr.: STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3, y STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5.

¹⁰ Cfr. también: BARRETTO, V. P.; PEREIRA, V. P. ¡Viva la Pepa!: a história não contada da Constituição Española de 1812 em terras brasileiras. In: BAEZ, N. L. X.; SILVA, R. L. N.; SMORTO, G. (Org.). *Os Desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012, p. 121-138.

hador lidera uma aliança, tendo como vice um empresário bem-sucedido. O que quero com isso? Simbolizar o pacto social [...] inspirado no Pacto de Moncloa”.

Además de este hilo histórico democrático, algunas circunstancias de carácter formal de la constituyente brasileña merecen registro. Como es sabido, las Constituciones Portuguesa y Española, respectivamente, de 2 de abril de 1976 y de 29 de diciembre de 1978 se acercan al paradigma de la Ley Fundamental de Bonn. Tras algunas décadas de dictaduras atroces, durante las cuales fue delito el ejercicio de los derechos humanos fundamentales y en las que la sociedad sufrió bajo el peso de la tiranía o del poder absoluto, el poder constituyente de estas naciones situó en la Constitución un título dedicado a los derechos fundamentales, que precede al propio enunciado de las competencias de los tres poderes políticos del Estado. Por la similitud de experiencias culturales, políticas y sociales, por la proximidad de la lengua, por todos los factores que la Historia aclara, es natural que exista una línea convergente entre la Constitución Brasileña de 1988 y los valores de las Constituciones de Portugal (1976) y de España (1978).

Nada obstante, es conveniente recordar que la ANC-1987 empezó con un serio y tormentoso problema: no sabía por dónde comenzar, no tenía método, no disponía de un texto que le sirviese de base, o de un punto de apoyo para el inicio de los trabajos constituyentes (OLIVEIRA, 1993). El gobierno había rechazado el proyecto pre-constituyente elaborado por la Comisión Provisional de Estudios Constitucionales, presidida por Afonso Arinos de Melo Franco y compuesta por 50 miembros llamados “los notables” (Decreto 91.450/1985), porque ese documento implantaría el régimen parlamentario. Dada la ausencia de un proyecto, los constituyentes no sabían cómo llevar a cabo la tarea para la cual habían sido elegidos.

La Subsecretaría de Ediciones Técnicas del Senado Federal publicó y distribuyó a los constituyentes tres volúmenes con los textos integrales y un índice temático comparativo entre la derogada Constitución de 1967 y el texto constitucional de veintiún países. Consultando los trabajos parlamentarios de la Asamblea Constituyente, se constata que la mayoría de las comparaciones efectuadas, tuvo como punto de mira las constituciones de los países de la península ibérica. Escribe José Afonso da Silva que:

[...] poder-se-ia concluir dizendo que as influências são aparentemente pequenas da Constituição Espanhola de 1978 sobre a Constituição Brasileira de 1988. É preciso, contudo, considerar que as influências normativas nem sempre traduzem uma normatividade semelhante. O certo é que nunca se manuseou tanto a Constituição Espanhola (também a Portuguesa) como se fez durante o processo de formação da Constituição Federal de 1988. Por certo que o intenso exame dessas constituições inspiraram proposições dos constituintes sem que, no entanto, se fizesse cópia servil. (SILVA, 2003, p. 221-238).

Influida por las Constituciones Española y Portuguesa, la Constitución Brasileña de 1988 estableció expresamente que el honor, 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 para 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 para las subcomisiones de la Asamblea de 1987. Por supuesto, es incontestable que tales ponencias tuvieron una preponderancia en la redacción del texto constitucional. Se llamó al jurista Cândido Mendes, que compareció el día 24 de abril 1987 en la 8ª reunión de la Comisión de Soberanía y de los Derechos y Garantías del Hombre y de la Mujer (Subcomisión IC de Derechos y Garantías Individuales), para disertar sobre los “Novos Direitos Humanos”, oportunidad en la que el derecho a la propia imagen protagonizó algunos momentos de su intervención (BRASIL, 1987)¹¹.

Es cierto que la constitucionalización del derecho a la propia imagen ratificó 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. Sobre la inserción de este derecho en el texto constitucional de Brasil, José Afonso da Silva (2003, p. 221-238) afirma que “se compararmos esse dispositivo com o art. 18.1, da Constituição Espanhola, perceberemos sem esforço a semelhança que autoriza a reconhecer que este constitui fonte daquele (...) é nítida a filiação do texto brasileiro ao texto espanhol”. Sin embargo, las tres menciones del derecho a la propia imagen en tres *locus* 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”. 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 hacen reconocible su figura humana, pues la expresión “dano moral ou material” en tal inciso refuerza que la imagen tiene este sentido. Desde la perspectiva de la génesis del precepto, se comprueba que la idea que prevaleció en la ANC-1987 define la imagen como representación gráfica sensible y visible del aspecto físico externo de la figura humana de una persona (BRASIL, 1993). Analizando la doctrina y la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF), se constata una confluencia con esta idea de que la configuración constitucional de la palabra imagen coincide con el mensaje del “nacimiento” de este precepto. En este sentido, la opinión doctrinal (AFFORNALLI, 2003; ALMEIDA, 2000; ARAÚJO, 1996, 2003, 2006; ARAÚJO, N. 2006; ARRIBAS, 2004; BELLINI JUNIOR, 2003; BERTI, 1993, 1996; BONJARDIM, 2002; CAHALI, 2011; D’ALVA, 2004; DIAS, 2000; DINIZ, 2002a, 2002b, 2008; FACHIN, 1999; JABUR, 2000, 2004; LIMA, 2001, 2003; MELLO, 2004; MELO, 2005; MORAES, 1989; NETTO FRANCIULLI, 2004; OLIVEI-

¹¹ Cândido Mendes era Secretario General de la Comisión de Justicia y Paz, de Rio de Janeiro, Presidente del Consejo de Ciencias Sociales de la UNESCO, Presidente del Conjunto Universitario Cândido Mendes y Relator de estos temas en la rechazada Comisión Afonso Arinos.

RA, 2005; RODRIGUES, 2005; RSTON, 2004; SAHM, 2002; SANTO, 2005; SANTIAGO, 2005; SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013; SILVA, 2012; TERREL, 2003) admite que ahí está comprendida la imagen desde el punto de vista moral/negativo, pues como sostiene Gilberto Haddad Jabur (2004, p. 11-44) “é inquestionável o direito da pessoa, posto que respeitante à personalidade, em não ter divulgada a sua imagem, tenha ou não a divulgação fins lucrativos [...] retratar uma pessoa sem que ela saiba ou contra a sua vontade é um ato ilícito, ofensivo ao direito à própria imagem”. En el mismo sentido Silma Mendes Berti (1996, p.182) aduce que “o direito à imagem, que integra uma área de estudos relativamente recentes, consiste na faculdade que tem a pessoa de impedir a captação, reprodução e divulgação não consentida de sua imagem, e de poder utilizá-la, dentro dos limites impostos pela natureza e pela lei”.

No obstante esta protección clara de la vertiente moral del contenido del derecho a la propia imagen en Brasil, hay acuerdo unánime en que el precepto constitucional del inciso X, del artículo 5º, comprende tanto el aspecto negativo como el positivo, a diferencia del concepto de la propia imagen en España. La inclusión del aspecto positivo en sede constitucional confiere mayor rayo de actuación pero esta apertura conceptual alarga la hipótesis de tutela constitucional, y, por consiguiente, se le han de atribuir más reflexiones constitucionales a este derecho. En este contexto, plantea Maria Cecília Naressi Munhoz Affornalli, que:

[...] 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. (AFFORNALLI, 2003, p. 37).

La adopción de este concepto (moral/patrimonial) del derecho a propia imagen puede ser ilustrada por varias sentencias del Alto Tribunal de Brasil, en especial la decisión más emblemática, el caso “Cássia Kis”, el Recurso Extraordinario (RE) 215984, de 4 de Junio de 2002, la cual afirma que:

Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.

Lo que en realidad se discute en la cuestión de fondo es la posibilidad de la indemnización moral combinada con la indemnización material, por el uso no consentido de la imagen de la titular. En la fundamentación jurídica del aludido *acórdão*, el voto del ponente (el cual siguieron los demás magistrados) cita, a título de ilustración, otras dos sentencias, que aceptan, de modo manifiesto, el aspecto positivo mercantil del derecho a la propia imagen: el caso de la “Passista da escola de samba Beija Flor”, el RE 95872, de 10 septiembre de 1982, que declara: “A divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito a

custa de outrem, que impõe a reparação do dano”; y el caso “Denis Carvalho”, decidido en el *acórdão* del RE 91328, de 2 de octubre de 1981, en el cual se establece: “diante da utilização de fotografia, em anuncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa correspondente. Indenização pelo uso indevido da imagem. Tutela jurídica resultante do alcance do direito positivo”.

A tenor de estas alegaciones, se deduce con toda nitidez que tanto de modo tácito, por el objeto y por la fundamentación jurídica del recurso, como expresamente, 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 mayoritaria.

Por otra parte, la imagen citada en el inciso XXVIII, “a” (são assegurados, nos termos da lei: a) proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas), refiere a la protección del “direito de arena”, pues protege al titular que ha contribuido con su imagen individual en un espectáculo colectivo. Al examinar este inciso, se ha de percibir que su ubicación, atendiendo a la sistemática del texto constitucional, no está junto a los derechos individuales y las libertades públicas (negativas, de abstención) frente al Estado, para los cuales se han reservado los primeros preceptos del artículo 5º. En efecto, se comprueba, con un análisis literal, que el contexto del inciso XXVIII, “a” (direito de arena), no es el mismo que el del inciso X (inviolabilidad personal), pues está dedicado a la protección del derecho a la propiedad intelectual. Se tutela al co-autor o partícipe que ha creado “la obra”, así como a quienes hayan participado individualmente en ella con su imagen o voz. Consultando las actas de la Asamblea Constituyente, se constata que la redacción dada este inciso ha estado influida por la exposición del escritor José Loureiro sobre el “direito autoral”, presentada en la subcomisión de derechos y garantías individuales (BRASIL, 1987, p. 74). Para tal intervención, el ponente usó la base doctrinal del libro “Direito de Autor”, de Antonio Chaves¹², y los principios positivos de la ley de derecho de autor vigente en aquella época, la Lei nº 5.988, de 14 de diciembre de 1973. Así, puede encontrarse la raíz de la redacción del inciso XVIII, “a”, si se examina el artículo 100, del Capítulo IV (direito de arena), del Título V (dos direitos conexos), de la ya derogada Lei nº 5.988.

Esta ley ya se refería al llamado “direito de arena”, una innovación brasileña en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual. Afirmaba José de Oliveira Ascensão (1987) que ni el ordenamiento jurídico portugués ni en cualquier outro, había una previsión análoga. El “direito de arena”, según Antonio Chaves (1988, p. 15) sería la “prerrogativa que compete ao esportista de impedir que terceiros venham, sem autorização, divulgar tomadas de sua imagem ao participar de competição, ressalvados os casos expressamente previstos em lei”. En este sentido, aclara José de Oliveira Ascensão que:

¹² CHAVES, Antônio. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

[...] o direito de arena surge a propósito de um espectáculo desportivo público, com entrada paga (art. 100). Pressupõe portanto a intervenção de participantes que são genericamente designados pela lei como atletas. Todavia, o direito de arena não é atribuído ao atleta, mas sim à entidade a que esteja vinculado o atleta (ou ao clube, em linguagem mais corrente). É esta que tem o direito de autorizar, ou proibir, o aproveitamento do espectáculo [...]. (ASCENSÃO, 1992, p. 37-42).

El titular del “derecho de arena” es la entidad a la cual pertenece el atleta, el cual, a su vez, tendrá la protección constitucional de su derecho a la propia imagen por la participación individual en el espectáculo. El “derecho de arena” alcanza al conjunto del espectáculo y el derecho a la propia imagen se destina a proteger a la persona individual. Esta es una situación muy fácil de ver en el caso de los partidos de fútbol: los equipos tendrían el “derecho de arena” de negociar, autorizar y prohibir la transmisión o la retransmisión de la “imagen del espectáculo” en el que participan, mientras que al jugador-atleta le estaría asegurada constitucionalmente la protección de la participación individual por el uso de la representación gráfica de su propia imagen. Esta es la concepción casi unánime en la doctrina¹³. El inciso XXVIII, “a”, del art. 5º, tutela constitucionalmente la “imagen participativa”, o sea, se protege la participación de la persona que a través de su imagen integra la “obra colectiva”. Por ello, refuerza esta disposición la inclusión del contenido patrimonial al ya descrito concepto constitucional del derecho a la propia imagen del inciso X (inviolabilidad personal).

La finalidad de este artículo científico no me permite debatir, con la profundidad que el tema merece, sobre la protección del inciso V (é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem). Entiendo que la imagen descrita en este discutido inciso tampoco innova el concepto del inciso X (inviolabilidad personal). Tanto es así que fue Cândido Mendes el ponente que expuso sobre la importancia de la inserción del “derecho de resposta” en el seno constitucional (BRASIL, 1987, p. 69-70). Aunque no se pueda, como es lógico, extraer la interpretación constitucional de la legislación anterior a su vigencia, es conveniente señalar, reportando al modo de como se hicieron los trabajos constituyentes, el

¹³ Para estudiar mejor el “derecho de arena”, cfr.: ASCENSÃO, J. O. Direito ao Espetáculo. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 366, p 41-55, maio 1987; ASCENSÃO, J. O. Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena. *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, nº 167, p.37-42, 1992; ASCENSÃO, J. O. Princípios constitucionais do direito de autor. *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 5, p. 429-442, 2005; ASCENSÃO, J. O. Direitos de Não-Atletas Participantes de Espetáculo Desportivo Público. *Tabulae*, v.16, n.13, p. 23-52, dez., 1984; ALMEIDA, S. J. A. C. Direito autoral e direito de arena. *RTDC*, v.1, n.4, p.79-96, out./dez., 2000; BELLINI JUNIOR, J. Reflexos tributários na cessão do direito de imagem e uso do nome profissional. *Interesse Público*, v. 5, n. 22, p.107-124, nov./dez., 2003; CHAVES, A. Direito de arena, também um direito do juiz. *Revista brasileira de educação física e desportos*, v.11, n.50, p.33-35, abr./set., 1982; CHAVES, A. *Direito de arena*. Campinas: Julex Livros, 1988; CHAVES, A. Direito de arena. *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, v.77, p.235-256, jan./dez., 1982; COSTA NETTO, J. C. Direito de arena, a defesa do atleta. *Revista brasileira de educação física e desportos*, v.10, n.47, p.11-12, jul./set., 1981; FRANCKINI, J. C. O Contrato de imagem - artigo 42, lei n. 9.651/98 - como um instrumento à fraude. *Justiça do Trabalho*, v. 20, n. 236, p. 59-61, ago. 2003; GRISARD, L. A. Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho de atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem. *Justiça do Trabalho*, v. 20, n. 229, p.54-63, jan., 2003; PIMENTA, E. S. O direito de arena e a empresa de radiodifusão. *Revista jurídica mineira*, v. 9, n. 109, p.7-12, set./out., 1994; RABELLO, J. G. J. Do Direito de arena. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v. 12, n. 54, p.13-18, set./out., 1978; SANTIAGO, M. R. Direito de arena. *Revista de direito privado*, v. 6, n. 22, p. 226- 240, abr./jun., 2005; TERREL, J. R. O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem. *Revista do Direito Trabalhista*, v. 9, n. 11, p. 17-21, nov. 2003.

precedente legislativo que pudo influir la redacción del inciso V (“direito de resposta”), el artículo 29, de la Ley nº 5.250 de 09 de febrero de 1967:

Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem *direito a resposta ou retificação*. (grifo nosso).

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 fundamentales legítimos (CARRILLO, 1988; CHINCHILLA MARÍN, 1987; CUNHA E CRUZ; ARAGAO, 2012). Pienso, pues, que con el inciso V (“direito de resposta”) se pretendió garantizar, de modo elocuente, el derecho de rectificación, asegurando también la indemnización del daño a la propia imagen, dando a éste un papel relevante.

En mi opinión, pese a posiciones contrarias (DONNINI; DONINNI, 2002, p. 62-63; SILVA JÚNIOR, 2002, p.74), el *iter constituyente* al citar “dano à imagem” no ha creado una nueva forma de indemnización, porque este daño está inserto en el daño moral¹⁴. Aunque mi análisis sobre el contexto histórico, sistemático y lógico de los dos preceptos sea el mismo, la doctrina mayoritaria brasileña señala que la concepción de la palabra imagen tratada en el inciso V difiere de la acepción del inciso X. La mayoría de los autores en Brasil divide el citado derecho en dos conceptos: la “imagem-retrato” (X), que coincide con la protección de las exteriorizaciones de la personalidad humana; y la “imagem-atributo” (V), que consiste en la tutela del concepto de “imagen social” del individuo, procedente del desarrollo de sus relaciones sociales (ARAÚJO, 1996, 2003, 2006; BATISTA; VALLE, 2004; BONJARDIM, 2002; CASTRO, 2002; DINIZ, 2002a; DINIZ, 2002b; DONNINI; DONINNI, 2002; GUERRA, 1999; JABUR, 2000, 2004; NETTO FRANCIULLI, 2004; RODRIGUES, 2005; PEREIRA DE SOUZA, 2003; SOUZA, 2002).

Al examinar esa teoría en mi tesis doctoral publicada en el año de 2009 (CUNHA E CRUZ, 2009), he comprobado que gran parte de los autores confunde el concepto de la imagen-atributo bien con la concepción fáctica de honor, o bien con el moderno concepto del derecho a la identidad personal. La debilidad de la supuesta imagen-atributo empezaría en este punto, al no delimitar jurídicamente de modo convincente el objeto de tal pretendido derecho, ni aclarar sus objetivos, entrelazando así, de forma manifiesta, lo que sería ofensivo a tal figura jurídica con las vulneraciones al honor y a la identidad

¹⁴ Según Miguel Reale (1992, p. 20 e ss.), la doctrina francesa consagró la expresión *dommage moral*, la cual fue adoptada en Brasil. Por otra parte, la doctrina alemana lo denominó daño no patrimonial (*daño der nicht vermögensschaden ist*), expresión acogida también por la doctrina italiana (art. 2.059 del Código Civil Italiano de 1942). El daño moral como se entiende hoy tiene un concepto bien delimitado: el daño que no afecte al patrimonio de la víctima, el daño no patrimonial (GÓMEZ POMAR, 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, 2004) pues se refiere justamente este tipo de indemnización a una vulneración a los derechos propios de la personalidad humana. Como no se pueden enumerar *numerus clausus* los derechos de la personalidad, tampoco se hay que intentarlo cuando se habla de las posibilidades de daño moral.

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 personalidad de la persona, pues estos bienes jurídicos son objeto del derecho a la identidad personal (CHOERI, 2010). 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.

Por su turno, Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p.49-50) aboga por el concepto del derecho a la propia imagen reducido al aspecto de la “projeção física e plástica do indivíduo”, para que la autonomía de la imagen y del honor sea preservada. En este sentido, advierte que si por acaso el constituyente confundió el honor y la imagen en el inciso V, del artículo 5º, de la CF-88, no cabe al intérprete perpetuar a confusión con la denominación/clasificación imagen-retrato/imagen-atributo, porque esta última confunde la imagen con el honor.

A su vez, Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p.439-442) resalta la autonomía del derecho a la propia imagen, y refuerza que tal derecho posee ámbito de protección disociado del derecho al honor y del derecho a la intimidad. Rechaza, en este sentido, que en tal ámbito de protección quepa la “imagen-atributo”, pues esta está vinculada a la “imagen social” protegida por el honor.

El STF no se ha posicionado, de manera fehaciente, sobre esta combatida distinción entre imagen-retrato e imagen-atributo. En las más recientes decisiones, la Corte no discute profundamente tal derecho porque tal análisis demandaría debatir los hechos/pruebas del caso. Por ello, gran parte de las decisiones del STF invoca la “Súmula 279” que dice: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”¹⁵. Otras demandas son repelidas por exigencias procesales no cumplidas¹⁶.

En este año, el Alto Tribunal tuvo una importante decisión que va a influenciar el acceso de los recursos que versen sobre el derecho a la propia imagen. Se trata de la

¹⁵ Cfr.: Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 728.348, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe nº 99, divulgado em 24/05/2013, data de publicação 27/05/2013 (ata Nº 76/2013); Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 709.146, relatora Min. Carmem Lúcia, Segunda Turma, DJe 21/11/2012; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 597962, relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 20-04-2012; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com agravo 658458, relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/02/2012; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 638730, relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 21-09-2011; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 797.313, relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 12-05-2011; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 508267, relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 08-10-2010; Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 755369, relator: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 05-03-2010; Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 722124, relator: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 18-12-2009; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 548048, relator: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 01-07-2009.

¹⁶ Cfr.: Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 561.151, relator Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 28/08/2012; Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 763.284, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 28/06/2012; Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 846141, relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 07-11-2011; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 638623, relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 24-10-2011;

“Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 739382” (relator: Min. Gilmar Mendes, Plenário Virtual, DJe- 03-06-2013) en la que decidió que:

[...] não é atribuição do Supremo Tribunal Federal avaliar a ocorrência de dano moral, tampouco velar pelo cumprimento da legislação civil aplicável à espécie. Salvo em situações extremas e excepcionais, nas quais se verifique o esvaziamento do direito de imagem e, por conseguinte, ofensa direta à norma constitucional, as discussões relativas à ocorrência ou não de dano moral não deve galgar a instância extraordinária.

Assim, neste caso, tendo em vista o fato de que a discussão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes e a natureza eminentemente infraconstitucional da matéria, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

La *ratio decidendi* obsta, pues, el acceso a la Corte de los recursos que, además de las exigencias procesales, no explicita que el contenido esencial del derecho a la propia imagen fue afectado. A partir de esta línea de pensamiento, otras decisiones recientes ya no avanzaron en el *meritum causae* de las demandas¹⁷.

La gran contribución de la discusión sustantiva del derecho a la propia imagen se da, de hecho, en la citada sentencia del caso *Cássia Kis*, por ejemplo, precisa que dentro del concepto constitucional de la propia imagen se tutela el derecho a no ver publicada la fotografía del titular, cuando no haya autorización para ello, pues se decide que en el caso de una utilización no consentida de la imagen de una persona, existirá un daño moral que ha de ser reparado. Conviene resaltar, pues, que el STF considera ilícita la utilización no autorizada de la imagen y, por ende, restringe su uso al alcance del consentimiento. En este sentido, se prohíbe la utilización ilícita de la imagen y, a la vez, garantiza su uso de acuerdo con la autorización dada por el titular del derecho. No hay duda de que la decisión confiere autonomía al derecho a la propia imagen, al afirmar que la publicación de la fotografía de alguien, sin su permiso, causa un malestar, del cual surge la necesidad de la protección constitucional.

En las demás decisiones lo que se denota es que o STF todavía mezcla los conceptos de imagen, de honor y de intimidad (AO 1390; INQ-496; HC 84827; HC-102641; HC-109676; HC-113177; HC-76689; HC-70668; HC-72212; HC-82405; HC-84778; MS_MC-24832; HC-89429; MS-21468; MS-24405; RE-426561; RE-215984; RE-91328; RE-95872; RE-101280; RE-115838; Rcl-QO-2040)¹⁸.

4 Un concepto del derecho a la propia imagen adecuado

¹⁷ Cfr.: Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 751.724, relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe nº 187, divulgado em 23/09/2013, data de publicação 24/09/2013 (ata Nº 139/2013); Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 741.086, relator: Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe nº 179, divulgado em 11/09/2013, data de publicação 12/09/2013 (ata Nº 131/2013); Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 661.243, relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe nº 211, divulgado em 23/10/2013, data de publicação 24/10/2013 (ATA Nº 161/2013).

¹⁸ La Corte tendrá una excelente oportunidad de debatir el derecho a la propia imagen en el RE-438406, (relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma), el caso *top less*, el cual discute un interesante caso sobre el consentimiento para hacer fotos de una persona que está en *top less* en una playa.

Es oportuno traer a colación el significado de la palabra imagen (del latín *imago*, *imaginis*) para la Real Academia Española (2013): la “figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa” y “reproducción de la figura de un objeto por la combinación de los rayos de luz”. Ante tales conceptos, Vicente Herce de la Prada (1994, p. 16) aboga que “De ahí que se hable en un sentido retórico-estético o psicológico en que aquella palabra halla su conexión semántica con el término imaginación de igual raíz”.

Sin embargo, la imagen objeto del derecho fundamental que se está investigando se refiere a la individualidad y a la capacidad comunicativa que integra la dignidad personal propia del ser humano (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 22). Y lo que quiero resaltar es que se protege, con el derecho a la propia imagen, la manifestación, la representación y no la imagen humana en sí misma considerada. El Derecho no podría impedir que terceros conozcan naturalmente (sin artificios) nuestra imagen, pues el ser humano, dado su carácter social, tiene necesariamente que relacionarse con los demás. Por ello afirmo que tal bien jurídico protege la persona humana de la representación gráfica de su aspecto físico externo.

En efecto, la necesidad de protección contra la arbitraria utilización de la imagen deriva de una exigencia de la individualidad personal, según la cual la persona debe ser quien decide consentir o no la representación de su propia imagen (SARLET, 2013). 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 (ANDRADE, 1996, p. 132). Teniendo en cuenta estos matices, considero que tal derecho tiene dos dimensiones: una negativa-moral que es la facultad de excluir la posibilidad de captación, reproducción, publicación de la imagen; y una positiva, que es la autonomía exclusiva de decidir sobre la difusión de la propia imagen, también relacionada con la potencialidad patrimonial de este bien jurídico (O’CALLAGHAN MUÑOZ, 1993, p. 194).

Configurado el recorte sustantivo del concepto del derecho a la propia imagen, es pertinente matizar que Ana Azurmendi Adarraga (1997, p. 29), cuando se refiere a la cuestión terminológica, considera, con acierto, que el derecho a la propia imagen evoca las ideas de individualidad y reconocibilidad, como determinantes de la realidad jurídica de la imagen humana, puesto que el derecho sólo actúa si la representación visible de una figura humana puede atribuirse a un sujeto concreto. En cambio, si se habla el “derecho a la imagen” *in genere* – y en el mismo sentido, pienso que si se hablara del “derecho de imagen” –, el ámbito de aplicación de tal derecho sería demasiado amplio y se extendería a otras diversas formas externas de referencia a la personalidad.

No sin razón Pedro Ruiz Y Tomás (1931, p. 47) ha defendido que el contenido de la imagen no se agota en las líneas de la *facies*, pues cabe la posibilidad de que la persona puede ser reconocida por formas y detalles de las otras partes del cuerpo. Hay aquiescencia, pues, en la doctrina en que el derecho a la propia imagen protege la representación

física del cuerpo humano o de cualquier de su partes, o de los rasgos característicos por los cuales pueda ser el titular reconocido (BARROSO, 2003; BELTRÃO, 2005; MORAES, 1972; BARBOSA, 1989; BONJARDIM, 2002), es decir, “fisionomia do sujeito, rosto, boca, partes do corpo, representação do aspecto visual da pessoa” (BULOS, 2003, p. 146).

En este sentido, es consenso el citado bien constitucional protege la figura humana (FACHIN, 1999, p. 47), pues se constituye en el derecho que “incide, pois, sobre a conformação física da pessoa” (BITTAR, 2004, p. 90). Considero adecuado el razonamiento de José Royo Jara (1987, p. 25-29) que enumera algunos de los elementos que se protegen jurídicamente cuando se habla del derecho a la propia imagen: la obra figurativa, producida por medios tradicionales como la pintura, escultura, dibujo o la imagen transmitida por medios mecánicos – litografía, grabado, etc. – químicos como la fotografía o el cine, o electrónicos – televisión, vídeo - que represente o reproduzca de una forma visible y reconocible los rasgos, las facciones, en definitiva, la figura de una persona humana. Además, el ámbito normativo de tal derecho comprende la caricatura (DIAS, 2000, p. 75-76), convergiendo en territorio brasileño la tesis de Maria Helena Diniz (2002a, p. 102) quien afirma que la caricatura es “uma manifestação artística lícita e aceita pela sociedade, por ser uma imitação cômica da imagem, por meio de desenho, alterando os traços da pessoa de uma forma satírica”.

Se admite que ha de ser la figura humana reconocible (CASTRO, 2002, p. 17), esto es, 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 humanos (ESTRADA ALONSO, 1990, p. 373). La protección jurídica es, por tanto, la de la representación visible, reconocible e individual de la imagen de la persona humana, pues, sin estas peculiaridades no se podría configurar el concepto jurídico-constitucional de imagen.

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

En mi visión personal, el concepto del derecho a la propia imagen no tiene que incluir cualquier mediación metafórico-ficticia para poder ser jurídicamente autónomo. La opinión, por ejemplo, de que la sede de la empresa se equipara a la imagen de las personas humanas carece de lógica¹⁹, dada la posibilidad de que el empresario extinga la

¹⁹ Como ejemplo de autores que defienden esta posibilidad, Patrícia de Almeida de Torres (1998, p. 128) y Sergio Iglesias Nunes de Souza (2002, p. 84). Éste último aduce que: “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

persona jurídica y cree otra en la misma sede, aprovechando *in totum* el establecimiento físico de la antigua. Puede ocurrir que la empresa opte por otros colores, que remodele su sede con otra arquitectura o que cambie la ubicación de su domicilio, desfigurando por completo su supuesta “imagen”. Eso difiere completamente de la imagen de las personas humanas, que surgen en el mundo del Derecho revestidas de una figura que integra naturalmente la personalidad. Aunque entre la imagen tutelable y aquella que se tuvo al nacer pueda no haber similitud, es decir, aunque de modo natural o voluntario se cambien radicalmente las expresiones, o evocaciones personales del aspecto físico externo; la individualidad, la dignidad humana, nunca se verá afectada con tales mudanzas corporales, y es por ello que la imagen humana seguirá siendo un bien jurídico inherente a la persona. Las personas jurídicas o morales, dada su arraigada artificialidad, no tienen existencia corporal, son “fungibles”, carecen de figura, de fisonomía, de esa parte que integra la dignidad humana (ROYO JARA, 1987, p. 26). Pese a existir la posibilidad de atribución de algunos derechos de la personalidad a las personas jurídicas, tal extensión resulta inviable cuando se trata del derecho a la propia imagen, pues la imagen que se protege en este sentido es indisociable de la persona humana, de modo que la protección a la persona jurídica y sus símbolos representativos estarían insertos en el derecho de patentes y marcas (CARRILLO, 1993).

No se puede, igualmente, insertar en este concepto jurídico de imagen la “imagen social”, la reputación, la fama, la consideración que de una persona se tiene en el círculo social, económico y político al que pertenece, porque eso es objeto de protección por el derecho al honor. El honor es un aspecto de la dignidad humana, que desde un concepto normativo, reconoce a la persona por el mero hecho de serlo CABALLERO GEA, 2004, p. 17; VIDAL MARÍN, 2000, p. 63; ESTRADA ALONSO, 1989, p. 26). Además, a tal concepto ha de unirse la perspectiva fáctica, es decir, el honor como un valor social cuya protección hace posible la vida en relación (HERRERO-TEJEDOR, 1994, p. 76). La protección dada a la propia imagen no se dedica a proteger a la persona de la difamación, que consiste en rebajar y aislar, en desmerecer al interesado ante los ojos de sus coasociados y en marginarle de ellos divulgando ofensas a su reputación, exponiendo a la persona al desprecio de las gentes o generando una aversión de los conciudadanos. Por ello, se desvincula el derecho a la propia imagen del derecho al honor.

Acerca de la diferenciación entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad, es incuestionable que los dos tienen por objetivo la protección de la inviolabilidad personal, siendo 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 ello, no forma parte de mi intimidad la imagen de mi rostro, aunque sí la imagen de mi desnudo (IGLESIAS CUBRÍA, 1970, p.21-22). Si se encuentra o se saluda a otra persona, en circunstancias

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”.

normales, se verá su imagen, pero no se sabrá absolutamente nada de su intimidad, en tanto que ella no se proponga comunicarla.

Nada obstante, viene ganando protagonismo la concepción subjetiva de intimidad, que entiende que la protección jurídica dada a tal bien de la personalidad no garantiza una intimidad determinada, estática, fija, sino el derecho a poseerla (ESPAÑA, 2006; MEDINA GUERRERO, 2005; MOTA PINTO; REIS, 2006)²⁰. La intimidad es un derecho dinámico de la persona cuyo contenido parece, inicialmente, determinado por ella misma y, en segunda instancia, por las circunstancias concurrentes en cada caso, en el valor cultural, histórico y social (GARCÍA GARCÍA; GARCÍA GOMEZ, 1994, p.25). La extensión exacta de esta reserva de la intimidad depende, por tanto, en primer lugar, de la propia voluntad de la persona, que puede divulgar en mayor o menor grado los aspectos particulares de su personalidad (CORREIA, 2000, p. 594). Estos matices resaltan la dimensión fundamentalmente interna del derecho a la intimidad, como ámbito natural de reserva de la propia interioridad, y la dimensión inexorablemente externa del derecho a la propia imagen, entendido como instrumento básico de proyección personal exterior del aspecto físico externo de la figura humana.

Respecto a la relación entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la identidad personal, hay que concluir que la identificación, objeto principal de la identidad personal, puede ser realizada por otros medios, como el psicológico, el sociológico; de modo que no es obligatoria y únicamente alcanzada por el uso de la imagen física. En efecto, el objeto del derecho a la identidad personal se desarrolla dentro de un contexto de una actuación positiva de identificarse, que proviene de la conjugación de la historia y de la verdad personales (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 462). El derecho a la identidad personal utiliza como instrumentos el derecho al nombre, el derecho a la palabra (voz), el derecho a la propia imagen y otros que conforman los signos distintivos identificadores de la persona humana.

En realidad, el derecho a la propia imagen sirve como un medio para la manifestación del derecho a la identidad personal, como también, de modo análogo, suelen utilizarlo el derecho a la intimidad o el derecho al honor. No obstante, esta característica de ser un instrumento mediador no puede impedir la autonomía del derecho a la propia imagen, pues éste no protege el derecho de la persona a exigir que su propio perfil, psicosocial, intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional no sea representado de manera tergiversada, desnaturalizada o alterada por medio de la imputación de conductas, atributos o cualidades que no tienen relación con ella o por la omisión de las características que son determinantes en su configuración, pues esta tutela está en el ámbito de protecci-

²⁰ En la STC 134/1999 de 15 de julio, el Tribunal Constitucional de España adujo que "El art. 18.1 C.E. no garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando a terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio".

ón del derecho a la identidad personal (GARCIA, 2001; CHOERI, 2010; CUNHA E CRUZ, 2012). Son bienes jurídicos distintos, con conformación y objeto divergentes.

En mi visión personal, dentro de un contexto constituyente, articulado, sistematizado y lógico, el concepto del derecho a la propia imagen adecuado en los tres enunciados normativos (incisos “V”, “X” y “XXVIII, a”) de la CF-88 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 humana.

A su vez, del artículo 18.1 de la CE-78 emana sólo la vertiente negativa de este derecho, estando a cargo de la legalidad el aspecto positivo.

Conclusiones

A tenor de lo que antecede, se concluye que:

1. En España, el Tribunal Constitucional restringe el concepto constitucional del derecho a la propia imagen a la facultad negativa (de exclusión). De otro lado, la facultad positiva (de aprovechamiento) del derecho a la propia imagen puede ser considerada la vertiente patrimonial de la imagen, pero está reservada al ámbito infraconstitucional. La gran innovación constitucional que se ha introducido en la CE-78 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, incluyendo en ellos las expectativas justificadas;

2. 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, consiste en la protección del “direito de arena”, pues 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, ofreciendo protección al ciudadano, es una especie de daño moral. En realidad, el constituyente pretendió garantizar, de modo elocuente, el derecho de respuesta, asegurando 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. Ello es una exigencia de la interpretación constitucional, la cual indica que los tres enunciados constitucionales (art. 5º, V; X; XXVIII, “a”, CF-88) aluden a un único concepto constitucional del derecho a la propia imagen;

3. Las sentencias del Supremo Tribunal Federal no han discutido la supuesta distinción conceptual constitucional del derecho a la propia imagen, apoyada por la doctrina mayoritaria, entre imagen-retrato e imagen-atributo. Los juzgados todavía mezclan los conceptos de imagen, honor e intimidad.

4. La propuesta de un concepto adecuado del derecho a la propia imagen es: 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 humana.

Referências

AFFORNALLI, M. C. N. M. *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.

ALMEIDA, B. P. *A vontade de representação*. Porto: Campos das Letras, 2008. (Coleção Comunicação e Sociedade).

ALMEIDA, S. J. A. C. Direito autoral e direito de arena. *RTDC*, v. 1, n. 4, p. 79-96, out./dez. 2000.

ANDRADE, M. C. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ARAÚJO, L. A. D. A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1998. In: COSTA, J. F.; SILVA, M. A. M. (Coord). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *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. *Revista do Advogado* (Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos), ano 23, n. 73, p. 119-126, nov. 2003.

ARAÚJO, N. Princípio da dignidade da pessoa humana e direito à imagem. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 1, p. 267-278, jan./mar. 2006.

ARRIBAS, B. F. S. M. Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 164, p. 347-366, out./dez. 2004.

ASCENSÃO, J. O. Direito ao espetáculo. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 366, p. 41-55, maio 1987.

_____. Direitos de não atletas participantes de espetáculo desportivo público. *Tabulae*, v. 16, n. 13, p. 23-52, dez. 1984.

_____. Princípios constitucionais do direito de autor. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p. 429-442, 2005.

_____. Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena. *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, n. 167, p. 37-42, 1992.

AZURMENDI ADÁRRAGA, A. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

BAPTISTA, F. M.; VALLE, R. S. T. *Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

BARBOSA, A. A. C. N. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROSO, L. R. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *RTDC*, ano 4, v. 16, p. 59-102, out./dez. 2003.

BELLINI JUNIOR, J. Reflexos tributários na cessão do direito de imagem e uso do nome profissional. *Interesse Público*, v. 5, n. 22, p. 107-124, nov./dez. 2003.

BELTRÃO, S. R. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BERTI, S. M. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. Direito à própria imagem. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, n. 2, p. 179-190, 1996.

BITTAR, C. A. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BONJARDIM, E. C. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Suplemento, 27 de maio de 1987, p. 63-74.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). *O processo histórico da elaboração do texto constitucional: mapas demonstrativos*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1993.

BONAVIDES, P. O constitucionalismo espanhol e seu influxo no Brasil (de Cádiz a Moncloa). In: FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coord.). *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 197-220, 2003.

BULOS, U. L. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CABALLERO GEA, J-A. *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, calumnias e injurias: síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales*. Madrid: Dykinson, 2004.

CAHALI, Y. S. *Dano moral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

CALAZA LÓPEZ, S. Delimitación de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *Revista de Derecho UNED*, n. 9, p. 43-60, 2011.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARRILLO, M. Derecho a la información y veracidad informativa (Comentario a las SSTC 168/86 y 6/88). *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n. 23, p. 187-206, maio/ago. 1988.

_____. El derecho a la propia imagen del Art. 18.1 de la CE. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993.

CASTRO, M. N. A. S. *Honra, imagem, vida privada e intimidade: em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHAVES, A. *Direito de arena*. Campinas: Julex Livros, 1988.

_____. Direito de arena. *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, v. 77, p. 235-256, jan./dez. 1982.

_____. Direito de arena, também um direito do juiz. *Revista Brasileira de Educação Física e Desportos*, v. 11, n. 50, p. 33-35, abr./set. 1982.

_____. *Direito de autor*. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

CHINCHILLA MARÍN, C. Sobre el derecho de rectificación. *Poder Judicial*, n. 6, p. 71-82, 1987.

CHOERI, R. C. S. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CORREIA, L. B. *Direito da Comunicação social*. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA NETTO, J. C. Direito de arena, a defesa do atleta. *Revista brasileira de educação física e desportos*, v. 10, n. 47, p. 11-12, jul./set. 1981.

CORDEIRO, A. M. *Tratado de Direito Civil Português*. I Parte Geral. Tomo III (Pessoas). Coimbra: Almedina, 2004.

COUTO GÁLVEZ, R. et al. *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.

CUNHA E CRUZ, M. A. R. Anotações sobre o Direito Constitucional à Própria Identidade. In: DE LUCCA, N.; MEYER-PFLUG, S. R.; BAETA NEVES, M. B. (Org.). *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 477-494.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; ARAGÃO, G. A. O direito de resposta e a possibilidade jurídica do pedido de publicação de decisão judicial após a ADPF 130. In: RODRIGUES JUNIOR, L. O.; SOARES ROBERTO, G. B.; PINTO, N. L. (Coord.). *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

CUNHA E CRUZ, M. A. R. *La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución brasileña de 1988*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2009.

D'ALVA, M. F. O direito à imagem e a liberdade de imprensa. *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, v. 6, n. 21/22, p. 241-249, abr./jul. 2004.

DEBORD, G. *A sociedade do espetáculo*. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DIAS, J. S. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DINIZ, M. H. Comentários ao Código Civil. In: FIUZA, R. et. al. (Org.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito à imagem e a sua tutela. In: BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, S. J. C. (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

DONNINI, O.; DONNINI, R. F. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil*. São Paulo: Método, 2002.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional. Tutela de la vida privada: realidades y perspectivas constitucionales. In: CONFERÊNCIA TRILATERAL ESPANHA, ITÁLIA E PORTUGAL, 2006, Lisboa. *Tópicos temáticos...* Lisboa, 2006.

ESTRADA ALONSO, E. El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo (I). *Actualidad Civil*, n. 25, p. 347-364, 1990.

_____. El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo (II). *Actualidad Civil*, n. 25, p. 365-376, 1990.

_____. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo*. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

FACHIN, Z. A. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: C. Bastos Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

FAYOS GARDÓ, A. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FRANCKINI, J. C. O Contrato de imagem - artigo 42, lei n. 9.651/98 - como um instrumento à fraude. *Justiça do Trabalho*, v. 20, n. 236, p. 59-61, ago. 2003.

GARCIA, E. C. Direito à identidade pessoal. In: DINIZ, M. H. (Coord.) *Atualidades Jurídicas* 3. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARCÍA GARCÍA, C.; GARCÍA GOMEZ, A. *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión: su protección jurídica*. Murcia: Murcia Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia e Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, 2005.

GARCÍA GARNICA, M. C. *El ejercicio de los Derechos de la Personalidad del Menor no Emancipado*. Madrid: Aranzadi, 2004.

GARCÍA SANZ, J. La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. *Doctrina judicial. InDret*, Barcelona, enero 2008. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/497_es.pdf>. Acceso en: 04 nov. 2013.

GINESTA AMARGÓS, J. *Ius imaginis*. *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 4, p. 897-916, 1983.

GITRAMA GONZÁLEZ, M. Imagen (derecho a la propia). *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, v. 11, p. 301-376, 1962.

GÓMEZ CORONA, E. Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet. In: HUESO, L. C. (Coord.). *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Valencia: Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 2011.

GÓMEZ POMAR, F. Daño moral. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, 2000. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf>. Acceso en: 03 nov. 2013.

GORROTXATEGI AZURMENDI, M. El derecho a la imagen, objeto de la jurisprudencia constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 42, p. 349-374, mayo/ago. 1995.

GRISARD, L. A. Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho de atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem. *Justiça do Trabalho*, v. 20, n. 229, p. 54-63, jan. 2003.

GUERRA, S. C. S. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUTIÉRREZ DAVID, M. E. Intimidación y propia imagen: los ecos del common law americano y la evolución de la jurisprudencia constitucional española. *Derecom*, n. 14, Nueva Época, jun. Ago. 2013. Disponible en: <<http://www.derecom.com/numeros/pdf/estrella2.pdf>>. Acceso en: 04 nov. 2013.

HERCE DE LA PRADA, V. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Barcelona: Jose María Bosch Editor, 1994.

HERRERO-TEJEDOR, F. *Honor, Intimidación y Propia Imagen*. Madrid: Colex, 1994.

IGARTUA ARREGUI, F. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Madrid: Tecnos S. A., 1991.

IGLESIAS CUBRÍA, M. *Derecho a la intimidad*. Universidad de Oviedo, 1970.

JABUR, G. H. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: DELGADO, M. L.; ALVES, J. F (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2004.

LIMA, A. S. *O direito à imagem: proteção jurídica e limites de violação*. Brasília, DF: Universa, 2003.

_____. O direito à imagem. *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 792, p. 451-463, out. 2001.

LÓPEZ DÍAZ, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*. Madrid: Dykinson, 1996.

LÓPEZ MINGO TOLMO, A. *El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices – publicitarios: veintiún años de pleitos que podían haber sido evitados*. Madrid: Vision Net, 2005.

MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2005.

MELO, M. A. B. Responsabilidade civil objetiva dos meios de comunicação por ofensa aos direitos da personalidade. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 64, p. 39-56, jul./set. 2005.

MELLO, M. A. M. F. Liberdade de expressão, de informação e direito a imagem sob o ângulo constitucional. In: _____. *Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento*. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004.

MORAES, W. Como se há de entender o direito constitucional a própria imagem. *Repertório IOB Jurisprudência: Comercial, Civil e Outros*, n. 5, p. 84-82, 1989.

_____. Direito à própria imagem (I). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 443, p. 64-81, set. 1972.

MOTA PINTO, P.; REIS, R. A proteção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In: CONFERÊNCIA TRILATERAL ESPANHA, ITÁLIA E PORTUGAL, 2006, Lisboa. *Tópicos temáticos...* Lisboa, 2006.

NETTO FRANCIULLI, D. A proteção ao direito à imagem e a constituição federal. *Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 16, n. 1, p. 19-38, jan./jun. 2004.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. Honor, Intimidad y Propia Imagen en la Jurisprudencia de la sala 1a del Tribunal Supremo. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993.

OLIVEIRA, S. C. Livre exercício do direito de imprensa – direito de uso da imagem – dano moral não configurado. *Ciência Jurídica*, v. 19, n. 124, p. 351-356, jul./ago. 2005.

OLIVEIRA, M. M. *Fontes de informações sobre a Assembleia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las*. Brasília, DF: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1993.

PARDO FALCÓN, J. La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen. In: BASTIDA, F. J. (Coord.). *Propiedad y Derecho Constitucional*. Granada: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005.

_____. Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *REDC*, n. 34, p. 141-180, 1992.

PASCUAL MEDRANO, A. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.

PÉREZ FUENTES, G. M. Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España. *Revista de Derecho Privado*, n. 8, p. 111-146, 2004.

- PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.
- PIMENTA, E. S. O direito de arena e a empresa de radiodifusão. *Revista jurídica mineira*, v. 9, n. 109, p. 7-12, set./out. 1994.
- RABELLO, J. G. J. Do Direito de arena. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v. 12, n. 54, p. 13-18, set./out. 1978.
- REALE, Miguel. *Temas de Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- RODRIGUES, C. Direito autoral e direito de imagem. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 827, p. 59-68, set. 2005.
- ROYO JARA, J. *La protección del derecho a la propia imagen: actores y personas de notoriedad pública: según Ley 5 de mayo de 1982*. Madrid: Madrid Colex, 1987.
- RSTON, S. M. Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 7, n. 14, p. 91-105, jul./dez. 2004.
- RUIZ Y TOMAZ, P. *Ensayo de un estudio sobre el derecho a la propia imagen*. Madrid: Reus, 1931.
- SAHM, R. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002.
- SANTIAGO, M. R. Direito de arena. *Revista de direito privado*, v. 6, n. 22, p. 226- 240, abr./jun. 2005.
- SANTO, M. E. O direito de imagem e a pesquisa museal: construindo uma chave de acesso ao direito de personalidade. *Revista de direito privado*, v. 6, n. 21, p. 165-174, jan./mar. 2005.
- SARLET, I.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.
- SILVA, J. A. Influência, coincidência e divergência constitucionais: Espanha/Brasil. In: FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coord.). *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- SILVA JÚNIOR, A. L. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SILVA, R. B. T. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In: SILVA, R. B. T; SANTOS, M. J. P. (Coord.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Serie GVlaw).

SOUZA, S. I. N. *Responsabilidade civil por danos a personalidade*. Barueri: Manole, 2002.

TERREL, J. R. O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem. *Revista do Direito Trabalhista*, v. 9, n. 11, p. 17-21, nov. 2003.

TORRES, P. A. *Direito à própria imagem*. São Paulo: LTr, 1998.

URÍAS MARTÍNEZ, J. P. *Lecciones de derecho de la información*. Madrid: Tecnos, 2003.

VIDAL MARÍN, T. *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*. Madrid, 2000.

Data da submissão: 06 de novembro de 2013

Aceito em: 02 de dezembro de 2013

