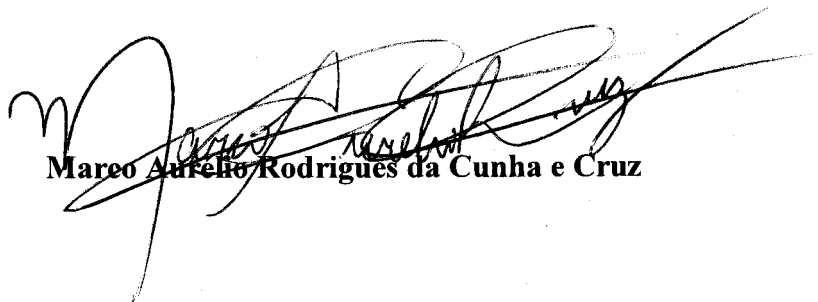


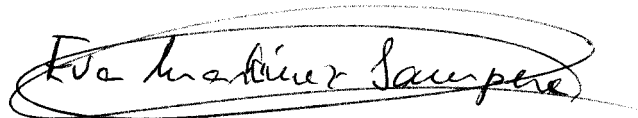


Departamento de Derecho Constitucional

***La Configuración Constitucional del Derecho a la
Propia Imagen en la Constitución Brasileña de 1988***



Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz



Eva Martínez Sampere

Tesis doctoral dirigida por la Dr^a. Eva Martínez Sampere

TOMO I

Sevilla - Junio de 2008

TD-373

9 24908605

Grupo: DERECHO

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transcribirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito del Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla

© VICERRECTORADO DE POSTGRADO Y DOCTORADO
Pabellón de México.
Paseo de la Palmera s/n
41013. SEVILLA
I.S.B.N.: 978-84-692-0478-8
Año: 2009

FÉ DE ERRATAS

- En la nota al pie nº 161, de la página 71: se debe sustituir el término Estado por poder político;
- En la nota al pie nº 182, de la página 76: se debe sustituir el término “Estado monárquico absolutista” por “Poder monárquico absolutista”, y la palabra “estatal” por “poder”;
- En la página 262, se debe incluir la expresión “en la normativa internacional” después de la palabra “expreso”, que está ubicada en la línea nº 9.

- En la página 734 debe constar:

ANDRADE. José Carlos Vieira De. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1977.

____. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed. Almedina: Coimbra, 2001.

____. “Os direitos fundamentais nas relações entre particulares” em *Separata do Boletim do Ministério, n. 5, Gabinete de Documentação e Direito Comparado*, Lisboa: 1981.

- En la página 796 debe contar:

SEVILLA MERINO, Julia. *Las ideas internacionales en las Cortes de Cádiz*. Valencia, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 1977.

____. *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*. València, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, 2004.

____. “Derecho constitucional y género”, en: *Funciones y órganos del Estado constitucional español*, (coord. por María Vicenta García Soriano), 2002, p. 523-562.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. “Libertad de información y justicia” en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil* (coord. por Luis Martínez-Calcerrada y Gómez), Vol. 1, 2001, p. 653-662.

SILVA, José Afonso da. “Direito constitucional comparado e processo de reforma do Estado” In: *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 336-362.

_____. “Liberdade de expressão cultural” In: *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, n.2, p.37-52, jul./dez., 2003.

- En La página 799 debe constar:

TRABUCO, Cláudia. “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, en: *Araucaria: Revista Iberoamericana Filosofía, Política y Humanidades*, Año 8, Nº 18, Segundo semestre de 2007, p. 29-55.

LISTA DE ABREVIATURAS

AcTC:	Acórdão do Tribunal Constitucional Português
ADC:	Anuario de Derecho Civil
ADI:	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADH:	Anario de Derechos Humanos
ADPCP:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AgR:	Agravo Regimental (Brasil)
AI:	Agravo de Instrumento (Brasil)
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional Español
BO/BOC:	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CC:	Código Civil
CE:	Constitución Española de 1978
CEPC:	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CF:	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNH:	Carteira Nacional de Habilitação (Brasil)
CNPD:	Comissão Nacional de Protecção de Dados (Portugal)
CP:	Código Penal
CPI:	Comissão Parlamentar de Inquérito (Brasil)
CPP:	Código de Processo Penal

CRP:	Constituição da República Portuguesa de 1976
DL:	Decreto-Lei
EEUU:	Estados Unidos de América
FJ:	Fundamento Jurídico
HC:	<i>Habeas corpus</i>
INQ:	Inquérito (Brasil)
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOFCS:	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOPHIPI:	Ley Orgánica 1/1982, de Protección civil al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la propia imagen
LOPD:	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPJ:	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORTAD:	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (derogada)
MS:	Mandado de Segurança (Brasil)
MSMC:	Medida Cautelar em Mandado de Segurança (Brasil)
OAB:	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
RBDP	Revista Brasileira de Direito Público
RE:	Recurso Extraordinário (Brasil)

REDC:	Revista Española de Derecho Constitucional
RFDUC:	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RICD:	Regimento Interno da Câmara dos Deputados
RT:	Revista dos Tribunais
RTDC:	Revista trimestral de Direito Civil
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STF:	Supremo Tribunal Federal de Brasil
STJ:	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
TC:	Tribunal Constitucional
TCU:	Tribunal de Contas da União (Brasil)
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

PARTE PRIMERA

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CONFORMADORES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

CAPÍTULO I: Los principios constitucionales conformadores de los derechos fundamentales y de los derechos de la personalidad.....	16
1.1 La dignidad de la persona humana y los derechos de la personalidad.....	17
1.2 El principio de Igualdad y No discriminación y los derechos de la personalidad.....	34
1.3 Los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad.....	43
1.4 Antecedentes históricos de los derechos de la personalidad.....	66
1.5 El concepto y la naturaleza de los derechos de la personalidad.....	90
1.5.1 El concepto de los derechos de la personalidad.....	90
1.5.2 La naturaleza de los derechos de la personalidad.....	94
1.6. La titularidad y las características de los derechos de la personalidad.....	104
1.6.1 Las características de los derechos de la personalidad.....	104
1.6.2 La titularidad de los derechos de la personalidad.....	116
1.6.2.1 El inicio de la tutela de la personalidad.....	117
1.6.2.2 La protección <i>post mortem</i> de la personalidad humana.....	123
1.6.2.3 Los derechos de la personalidad y las personas jurídicas.....	131
1.7 La división de los derechos de la personalidad.....	144
CAPÍTULO II: El Derecho a la Propia Imagen.....	156
2.1 El origen y los antecedentes históricos de la construcción jurídica del derecho a la propia imagen.....	157

2.2 Un concepto inicial.....	177
2.3 Digresiones conceptuales.....	191
2.4 Las características.....	204
2.5 La autonomía jurídico-constitucional del derecho a la propia imagen.....	210
2.6 El derecho a la propia imagen y el derecho al honor.....	216
2.7 El derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad.....	230
2.8 El derecho a la propia imagen y el derecho a la identidad personal.....	260
2.9 Los límites del derecho a la propia imagen.....	296
2.9.1 La limitación voluntaria: el consentimiento y su revocación.....	299
2.9.2 El interés público y el derecho a la propia imagen.....	309
2.9.2.1 La libertad de expresión y la libertad de información.....	311
2.9.2.2 El criterio <i>ratione materiae</i> y la aplicación del principio de proporcionalidad.....	326
2.9.2.3 El criterio <i>ratione personae</i>	336
2.9.2.4 El criterio <i>ratione loci</i>	343
2.9.2.5 Algunos supuestos de aplicación práctica de estos tres criterios.....	348

PARTE SEGUNDA

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES DE PORTUGAL, ESPAÑA Y BRASIL

CAPÍTULO III – La Configuración Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en la Constitución Portuguesa de 1976.....	357
3.1 El derecho a la propia imagen en la Historia Constitucional Portuguesa.....	358
3.2 El derecho a la propia imagen en la Constitución Portuguesa de 1976, el artículo 26: “outros direitos pessoais”.....	366
3.3 El concepto constitucional del derecho a la propia imagen.....	373
3.3.1 La terminología empleada.....	373
3.3.2 El derecho a la propia imagen y el derecho a la palabra.....	374
3.3.3 El derecho a la propia imagen.....	377
3.4 El derecho a la propia imagen y la legislación portuguesa.....	382
3.4.1 La protección civil del derecho a la propia imagen.....	383

3.4.1.1 El Código Civil.....	384
3.4.1.2 El Código de <i>Publicidade</i> y La <i>Lei de Imprensa</i>	391
3.4.1.3 La protección de datos.....	393
3.4.1.4 La vídeo-vigilancia.....	401
3.4.2 La protección penal del derecho a la propia imagen.....	411
3.4.2.1 El Código Penal.....	411
3.4.2.2 El Código de Proceso Penal y las leyes procesales.....	415
3.5. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	423
3.5.1 La delimitación del ámbito de protección del derecho a la propia imagen...	423
3.5.2 La cuestión de la competencia para legislar sobre el derecho a la propia imagen.....	431
3.5.3 El conflicto entre el derecho a la propia imagen y otros bienes jurídicos....	434

CAPÍTULO IV: La Configuración Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en la Constitución Española de 1978.....	445
4.1 El derecho a la propia imagen en la Historia Constitucional Española.....	446
4.2 El derecho a la propia imagen en la Constitución Española de 1978.....	462
4.2.1 El artículo 18.1: honor, intimidad y propia imagen.....	465
4.3 El concepto constitucional del derecho a la propia imagen.....	471
4.4 El derecho a la propia imagen y la legislación española.....	479
4.4.1 La protección civil.....	481
4.4.1.1 La Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la Propia Imagen.....	481
4.4.1.2 La Ley de utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos.....	498
4.4.1.3 La Ley de Seguridad Privada.....	509
4.4.1.4 La Ley de Protección de Datos de Carácter Personal.....	511
4.4.2 El Código Penal.....	528
4.5 La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	534
4.5.1 La delimitación del concepto de imagen.....	535
4.5.2 La titularidad y el consentimiento en el derecho a la propia imagen.....	546
4.5.3 La autonomía y los límites del derecho a la propia imagen.....	557

CAPÍTULO V: La Configuración Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en la Constitución Brasileña de 1988	603
5.1. El derecho a la propia imagen en la Historia Constitucional Brasileña.....	604
5.2. El derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña de 1988.....	615
5.2.1 La imagen del inciso X del artículo 5º: la “inviolabilidade pessoal”.....	624
5.2.2 La imagen del inciso XXVIII, “a”, del artículo 5º: el “direito de arena”.....	635
5.2.3 La imagen del inciso V, del artículo 5º: el “direito de resposta”.....	641
5.3. La teoría de la llamada “imagem-atributo”.....	652
5.4. La impropiedad técnico-jurídica del concepto de la “imagem-atributo”.....	661
5.5. El derecho a la propia imagen y la legislación brasileña.....	669
5.5.1 El derecho a la propia imagen en el contexto del derecho de autor.....	669
5.5.2 La protección del derecho a la propia imagen en otras leyes.....	673
5.5.3 El derecho a la propia imagen y el Código Civil de 2002.....	678
5.6 La Jurisprudencia del <i>Supremo Tribunal Federal</i>	684
5.6.1 Las sentencias anteriores a la Constitución de 1988.....	685
5.6.2 Las sentencias posteriores a la Constitución de 1988, que tratan la imagen como aspecto físico externo.....	692
5.6.3 Las sentencias posteriores a la Constitución de 1988 que ubican el término imagen en otro contexto.....	706

CONCLUSIONES.....715

BIBLIOGRAFÍA.....731

LISTA DE ABREVIATURAS.....803

INTRODUCCIÓN

La intención de tomar parte en el curso de doctorado en Derecho Constitucional fue la de adquirir un conocimiento de los principios jurídico-constitucionales y aptitudes investigadoras que me permitieran profundizar las cuestiones específicas relacionadas con las normas jurídicas constitucionales, sus normas derivadas y el análisis de la jurisprudencia constitucional. El curso me ha deparado la oportunidad de abordar el estudio detallado y científico de la Constitución como norma jurídica abstracta, de sus disposiciones y de sus decisiones de desarrollo. Con esta base ofrecida por el curso, he buscado estudiar un tema que se considera “nuevo” en el Derecho Constitucional: el derecho a la propia imagen.

Es cierto que no obstante originarse la imagen con la personalidad del ser humano, el derecho a la propia imagen es un derecho reciente. Desde la irrupción del *ius imaginis* en la época romana hasta la concreción de la fotografía en 1839 y su posterior positivación constitucional tras las Declaraciones de Derechos, no se había debatido con profundidad sobre tal derecho, pues eran pocas las vulneraciones. Mas, actualmente, debido al avance tecnológico, las intromisiones en el derecho a la propia imagen se tornaron frecuentes y, como consecuencia, la preocupación con el referido derecho se ha hecho más constante. Es ineludible afirmar que la imagen siempre tuvo un papel relevante en aras de la información y la comunicación social. Durante mucho tiempo la comunicación humana fue principalmente oral, auxiliada por expresiones corporales, gestuales, gritos etc..., empero, afortunadamente, el ser humano creó la representación gráfica de las imágenes por los símbolos, y, por último la escritura. Actualmente la imagen tiene un papel sobresaliente tanto en la individuación; en el carnet de identidad; tarjetas de universidad, pasaporte y otros documentos públicos o particulares; como también en la individualización de la persona, cuando representa una manifestación de su personalidad. Además, la imagen, con la invención de la fotografía, empezó a dar mayor proyección a su función comunicativa e informativa. La imagen ha irrumpido en los periódicos, en los telediarios, en las revistas gráficas o electrónicas, en las películas de cine, en la internet, para informar o dar cuenta de las solemnidades y

acontecimientos públicos; y a ello se une la creciente utilización de la imagen humana por el particular en las cámaras fotográficas, en las cámaras de vídeo y ahora en los móviles. No se puede negar, pues, la influencia y relevancia de la imagen en la sociedad contemporánea.

Sin embargo, el derecho a la propia imagen, como también el derecho al honor y el derecho a la intimidad obtuvieron al reconocimiento constitucional solamente en el siglo XX. Tanto el principio democrático como su importancia política, económica y social pueden considerarse como los factores justificadores de la apertura informativa y de la recogida de informaciones, entre las cuales se incluye la información gráfica sobre el individuo. El cambio de la sociedad agraria del siglo XIX hacia la sociedad urbana e industrial del siglo XX, la mayor participación de los individuos en el ejercicio del derecho de sufragio y el consiguiente fenómeno de la “repersonalización” del Derecho, fueron circunstancias que otorgaron un mayor relieve y coadyuvaron a la consecuente protección jurídica de la inviolabilidad personal representada en dichos derechos. En este contexto, hay que fijarse en que la representación gráfica y la reproducción de los rasgos físicos del aspecto externo de la figura de la persona humana se ha expandido cada vez más, no sólo de modo cuantitativo sino también de forma cualitativa, pues la tecnología y el avance de las artes fotomecánicas son las principales propulsoras de esta expansión. La publicidad, la propaganda y el marketing, que utilizan principalmente la imagen, influyeron no sólo en la economía mundial, sino también en el rumbo político de una nación, siendo corriente la afirmación de que una imagen puede valer más que mil palabras. Como consecuencia de esta evolución tecnológica, 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, se ha afirmado que el derecho a la propia imagen es el más exterior y público de los derechos de la personalidad y, por ende, el más susceptible de ser ofendido. El avance tecnológico, igualmente, ha potenciado, de una manera mucho más veloz la captación y el almacenamiento de información. Y es aquí donde se pueden cometer abusos, pues tanto las Administraciones Públicas como las empresas privadas pueden usar la imagen informativa de forma temeraria o ilícita. Este razonamiento también se justifica por la necesidad de obtener información sobre el individuo, que los

entes privados y públicos requieren para el funcionamiento de la sociedad. El Estado intervencionista necesita información acerca de sus administrados para prestar un servicio eficiente y productivo. La lógica de la recogida de información sobre el individuo es que cuanto más información se sabe de una persona, mayores serán las posibilidades de saber sus necesidades y, por consiguiente, más adecuadas podrán ser las medidas que las satisfagan. Por otro lado, este almacenamiento también puede ser peligroso, pues los datos sobre los individuos pueden ser usados para manipularlos. El riesgo de utilización ilegítima de la información sobre el individuo impulsó la tutela estatal de los “nuevos” derechos de la personalidad, dentro de los cuales, se incluye el derecho a la propia imagen.

Esta tensión entre el desarrollo social y el derecho individual a la propia imagen ha producido la positivación constitucional de tal bien jurídico, y por ello pasó a ser tal conflicto un problema que ha de ser resuelto por el Derecho Constitucional. En este sentido, el presente trabajo de investigación se centra en discutir el derecho a la propia imagen dentro del Derecho Constitucional, que es la vertiente del Derecho que estudia la norma que es la fuente de cualquier ordenamiento jurídico-democrático contemporáneo: la Constitución. La importancia del valor normativo de la Constitución, que es una realidad reciente en el mundo del Derecho, ha posibilitado la fuerza jurídica necesaria para el respeto a la autonomía al derecho a la propia imagen, además de favorecer su estudio por el Derecho Constitucional. En efecto, el Derecho Constitucional es el más objetivo de todos los Derechos, pues expresa y da unidad al mundo del Derecho. Sin el Derecho Constitucional no se podrían comprender ni tampoco estudiar los demás Derechos, pues es el presupuesto de todos ellos. Además, el estudio de esta rama del Derecho implica, de forma concomitante, estudiar Historia, Filosofía, Ética, Política y otras ciencias afines. Por ello, la dogmática constitucional facilita los esquemas de estudio, indica las reglas técnicas adecuadas (interpretación constitucional) y aclara los modos de argumentación y de razonamiento indispensables a la solución idónea o a la decisión fundamentada de los problemas jurídico-conceptuales de las materias constitucionales. De manera que, el examen del concepto y de los matices constitucionales del derecho a la propia imagen es de imprescindible importancia para su desarrollo en los demás ámbitos normativos. Este será, por tanto,

uno de los objetivos de esta tesis, pues a través de la interpretación constitucional, intentaré proponer mi concepto del derecho a la propia imagen, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, facilitando la reflexión sobre su objeto, así como también el razonamiento adecuado para resolver la tensión entre lo que es o no legítimo.

En efecto, otro motivo por el cual he elegido este tema, como he tenido la ocasión de constatar, es la escasez de las discusiones jurídicas y, puedo añadir, las dudas que aún persisten sobre el derecho a la propia imagen en Brasil. La fulgurante participación de la imagen en la vida social, sea utilizada para informar, sea como integrante de relaciones comerciales o cualquier otra relación jurídica, invita a pensar sobre los reflejos no sólo teóricos, sino también práctico-jurídicos de la aplicación de este derecho. El protagonismo de la imagen como un importante instrumento de información para la sociedad, la habitual asociación de la propia imagen con otros bienes de la personalidad, y su influencia en los medios de publicidad, sirven de impulso para que se razone sobre su protección constitucional. Es cierto que la constitucionalización del derecho a la propia imagen ratificó la autonomía de este derecho, e influida por las Constituciones Portuguesa y Española, la Constitución Brasileña, con el fin de suplir una carencia existente en el orden constitucional de Brasil, estableció expresamente que la honra, la intimidad, la vida privada y la imagen son derechos inviolables de la persona. El derecho a la propia imagen, junto con los “nuevos” derechos de la personalidad, se insertó en la parte dogmática del Texto Constitucional, en el Título II: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” de la Constitución Brasileña de 1988, y es citado en tres incisos distintos del artículo quinto. Estas tres menciones del derecho a la propia imagen en tres normas diferentes han abierto una discusión doctrinal sobre si se trata del mismo objeto de protección jurídica, o si existe una diferencia conceptual entre ellas. En este sentido, como la definición, el alcance y la protección del derecho a la propia imagen en Brasil todavía no están claros, el objeto de este trabajo académico se ciñe, pues, a analizar el debate sobre el concepto constitucional de los tres incisos que nombran el derecho a la propia imagen en el artículo quinto de la Constitución Brasileña.

No obstante, cuando se inicia una investigación con el objetivo de elaborar una tesis doctoral, se debe indicar, al menos, la aportación innovadora que se pretende hacer. Es necesario explicar por qué se investiga y por qué se puede calificar de innovadora la tesis que se va a escribir. En efecto, la presente investigación es un estudio nunca abordado hasta ahora con la profundidad que el tema merece, y tampoco se ha hecho, en mi opinión, una adecuada delimitación constitucional del concepto del derecho a la propia imagen en Brasil. El objetivo de este trabajo es estudiar estos conceptos desde una perspectiva constitucional comparada, para establecer al final una delimitación teórico-constitucional del derecho a la propia imagen, en otras palabras, comparar, de forma crítica y profunda, el tratamiento jurídico-constitucional (Constitución, Leyes y Jurisprudencia) de Portugal, España y Brasil, para aclarar y definir el concepto constitucional contemplado por la Constitución Brasileña de 1988. Es innegable admitir la trascendencia e importancia de las aportaciones de los países ibéricos en el texto constitucional brasileño, por ello, una investigación concreta de la raíz jurídico-constitucional del mencionado derecho en la vigente Constitución de Portugal y en la Constitución Española de 1978 ha servido para encuadrar y fundamentar mejor el trabajo. Además, como circunstancias innovadoras, se constata que no existía en territorio portugués una monografía específica que se ocupase de analizar el concepto constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución Lusitana de 1976, y que tampoco había en España un estudio que se dedicara a esta perspectiva comparada de los mencionados sistemas constitucionales. En Brasil, todavía no se ha publicado una obra jurídica que estudie de modo detallado y sistemático la construcción jurídico-constitucional del derecho a la propia imagen desde la elaboración de los trabajos parlamentarios de la Asamblea Constituyente de 1987 hasta el desarrollo legal y jurisprudencial, pautándose por una comparación de los dos ordenamientos jurídicos que influyeron de modo decisivo en la elaboración de dicho derecho en el Derecho Brasileño. La comparación de los tres sistemas jurídicos, adentrándose en las peculiaridades de cada uno, o sea, teniendo en cuenta sus concreciones, coincidencias y discrepancias para extraer, al final, un modelo conceptual fundamentado y sustentable de lo que es el derecho constitucional a la propia imagen en Brasil, nunca se ha producido, esto es, nunca se ha hecho un análisis comparado del tratamiento jurídico-constitucional del derecho a la propia imagen en el Derecho Portugués y en el Derecho

Español, que son las raíces de esta figura jurídica, para poder analizar así el Derecho de Brasil. Conviene recordar que sea en el ámbito legal o en el jurisprudencial, no se tiene aún delimitado el concepto de qué sea el derecho a la propia imagen desde esta perspectiva constitucional. Aún no hay en Brasil una ley específica, ni una doctrina constitucional que otorguen madurez jurídica al tema, no obstante la importancia del derecho a la propia imagen. Hace falta todavía una política legislativa eficaz, que se ocupe de sentar las bases teórico-prácticas de este “reciente” derecho. Además, nunca ha habido una demanda en el *Supremo Tribunal Federal* de Brasil que cuestionara la mención de las tres normas constitucionales que existe de tal derecho, tal vez porque el derecho a la propia imagen sea un derecho relativamente nuevo y/o aún poco cuestionado. Es irrefutable afirmar que este es un campo aún poco debatido y que tendrá su desarrollo técnico-jurídico con las interpretaciones de la doctrina brasileña. Por todo ello, el derecho a la propia imagen en Brasil aún carece de una investigación propia, matizada y detallada de cada uno de los incisos constitucionales que están insertos en la Constitución Brasileña de 1988, lo que justifica la relevancia y la dedicación al tema, y es este el motivo por el que resulta tan innovador el estudio de la configuración del derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña de 1988: se investigará el derecho a la propia imagen en el contexto constitucional portugués, del mismo modo se estudiará el citado derecho en el derecho español para, al final, concretar (e innovar) el concepto del derecho a la propia imagen en Brasil.

Antes de exponer y enumerar los objetivos generales y específicos de la tesis, hace falta una breve explicación de la opción de hacer un estudio de derecho comparado. El Derecho comparado no puede ser entendido como una simple comparación, en la acepción vulgar de la palabra. Debe ser concebido desde una perspectiva general y compleja de sistemas, es decir, un estudio conjunto y simultáneo del tratamiento jurídico de determinadas instituciones. La aplicación de estos preceptos al Derecho Constitucional impone analizar el sentido de la Constitución y su contenido material. Efectivamente, el objeto de la comparación de sistemas jurídicos, en el contexto de la actual mundialización, adquiere relevancia dada la necesidad de que los Estados actúen de modo coordinado. En esta línea, la cultura constitucional común presente en los Estados democráticos impulsa y facilita la posibilidad de hacer un

estudio de derecho comparado, sin embargo, no se ha de olvidar que hay un riesgo de una real pérdida de la adecuación nacional, si este estudio se lleva al extremo. Los objetivos de un estudio de Derecho Comparado pueden ser identificados como: 1) encontrar soluciones, pues la lógica del derecho es universal; 2) prevención, es decir, evitar errores a partir de la experiencia ajena; 3) entender el derecho estudiado como un sistema propio, con su propia lógica. En este sentido, el método más útil para dicho estudio es establecer y examinar el hilo conductor de las instituciones concretas, es decir, es necesario comprender el sistema en sí mismo, para interpretar el alcance de cada punto.

Siguiendo este razonamiento, he efectuado la comparación entre los tres sistemas jurídico-constitucionales para llegar a la delimitación teórico-conceptual pretendida, *id est*, he estudiado de modo crítico la Constitución, la ley, la jurisprudencia constitucional y la doctrina sobre el derecho a la propia imagen de los países Ibéricos para extraer una conclusión de su influencia en el texto constitucional brasileño. De lo expuesto, los objetivos generales de esta investigación se centran en: 1) demostrar la congruencia de los sistemas constitucionales democráticos de Portugal, España y Brasil; 2) resaltar la influencia de las Constituciones de los países de la península ibérica en la Constitución de Brasil, 3) demostrar la importancia del derecho a la propia imagen, la relevancia de su estudio y la pertinencia de su correcta valoración en una sociedad democrática y 4) hallar los posibles medios de su protección. Puedo indicar como objetivos específicos: 1) establecer un sólido concepto constitucional de lo qué es el derecho a la propia imagen en Portugal, en España y, de forma más profundizada en Brasil; 2) proponer una configuración del derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña de 1988; 3) señalar y delimitar el concepto de imagen humana inserto en los tres incisos del artículo quinto del texto constitucional brasileño; 4) discutir e indicar las posibles aplicaciones teórico-prácticas del concepto constitucional (análisis de las leyes y de la jurisprudencia). No me sería lícito afirmar que con estos objetivos el debate sobre el tema quedará completamente agotado, pues no es esta la pretensión. Lo que sí se pretende es encontrar un concepto constitucional concreto de lo que es el derecho fundamental a la propia imagen en Brasil, para hallar un sentido en la discusión jurídico-constitucional de este derecho en el sistema jurídico brasileño.

Sobre el método utilizado para realizar la investigación académica, es oportuno recordar que la elección de la metodología implica elegir métodos y técnicas para la labor investigadora. Cualquier estudio, y más éste por ser el tema de una tesis doctoral, debe tener bien claro cuáles son los métodos y las técnicas que se van a utilizar para el inicio de la investigación. Sólo a partir de ahí se empieza a producir eficazmente y de modo ordenado la búsqueda sobre el objeto del trabajo. En el presente estudio, en primer lugar, analizaré la base abstracta del derecho a la propia imagen, que corresponde a los principios y conceptos que conforman tal derecho, en los dos primeros capítulos. Posteriormente, estudiado el sustrato de su configuración jurídico-constitucional, se hará un estudio más concreto, de derecho comparado, de los sistemas jurídico-constitucionales de Portugal, España y Brasil. Se investigará el derecho a la propia imagen en la realidad portuguesa analizando la redacción de la Constitución, la ley, la jurisprudencia constitucional y la doctrina de Portugal. Con el mismo método se estudiará la experiencia española y se concluirá con la configuración constitucional del derecho a la propia imagen en Brasil.

Siguiendo esta línea, creo que el método más adecuado para el presente estudio, es, por tanto: 1) establecer una base teórica de los principios jurídico-constitucionales que conforman el derecho a la propia imagen; 2) analizar la categoría de derechos afines al derecho a la propia imagen; 3) estudiar desde una perspectiva constitucional los principales rasgos del concepto, la naturaleza, las características y los límites del derecho a la propia imagen; 4) examinar, posteriormente, los tres textos constitucionales (dedicándose un capítulo a cada país) y los contextos normativos que lo regulan; 5) investigar el desarrollo legislativo (cada sistema jurídico en particular y dentro del hilo constitucional correspondiente) que se ocupa del tema, apuntando su congruencia o divergencia con el texto constitucional al cual está subordinado; 6) estudiar la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen, analizando los argumentos de las sentencias; 7) examinar de modo crítico la posición de la doctrina, intentando extraer un contenido positivo para al final formular y configurar mi concepto del derecho a la propia imagen.

Es conveniente indicar que todo este procedimiento se hará a partir de la comparación del tratamiento jurídico-constitucional del derecho a la propia imagen en los tres países que ya he mencionado, y que la técnica a aplicar será la interpretación constitucional. Es cierto que la diferencia crucial entre la interpretación jurídica y la interpretación constitucional es que en ésta se trata del ejercicio y la delimitación del poder en la *creación* del Derecho, y en aquélla se busca analizar el ejercicio y la delimitación del poder del Derecho (ordenamiento jurídico). Por ello, aunque se utilicen las reglas tradicionales de interpretación jurídica (interpretación gramatical, interpretación sistemática, interpretación teleológica e interpretación histórica), la interpretación constitucional, por la textura más abierta y abstracta de las normas constitucionales, conlleva una labor que tiene matices distintos. Así, algunos principios orientan al intérprete en tarea de la hermenéutica constitucional: 1) principio de unidad constitucional: las normas constitucionales integran un sistema interno unitario de reglas y principios, 2) principio del efecto integrador: prioridad en la integración política y social y refuerzo de la unidad política; 3) principio de máxima efectividad: la interpretación de la norma constitucional debe buscar un resultado del que emane mayor carga de eficacia jurídica y social; 4) principio de corrección funcional: cada norma constitucional debe ser ubicada y entendida en el orden lógico (esquemático) de la Constitución; 5) principio de concordancia práctica o armonización: la preservación de los diversos valores constitucionales; 6) principio de la fuerza normativa de la Constitución: el mayor radio de aplicación e incidencia de la norma de la Constitución; 7) principio de interpretación conforme a la Constitución: la norma legal debe ser interpretada, cuando tenga una elevada carga de polisemia, de forma compatible, nunca conflictiva con el texto constitucional. Esta será la metodología a emplear, con la pretensión de alcanzar los objetivos del trabajo y fundamentar el objeto de la tesis doctoral.

En efecto, aclarados los métodos y la técnica que se han empleado en la presente investigación, conviene explicar sobre cómo he estructurado el trabajo, indicando el hilo conductor de la tesis. Para responder a los interrogantes que palpitan en el sistema constitucional brasileño sobre el derecho a la propia imagen, he optado por dividir el trabajo en dos partes bien distintas. En la primera, introductoria, de teoría general y

fundamentación, me dedico a analizar los principios constitucionales conformadores del derecho a la propia imagen, para después ofrecer una concepción inicial de lo que es tal derecho, y en la segunda, hago una comparación del tratamiento de esta materia en los sistemas jurídico-constitucionales de Portugal, España y Brasil, para que este estudio comparado me facilite la tarea de conceptualizar el derecho a la propia imagen en la experiencia brasileña.

Para desarrollar una de las principales ideas de esta tesis, que es la constatación de que los derechos de la personalidad son, por excelencia, extraídos de la dignidad de la persona humana, tuve que hacer una adaptación de la sistemática de la investigación. He optado por un criterio sustantivo en lugar de uno meramente cronológico, teniendo cuidado de que esta preferencia no lleve a una repetición abusiva y poco fructífera de aspectos ya tratados en diversos momentos del trabajo. He intentado matizar cada tema discutido con la atención que merece, ansiando no caer en redundancias o en una duplicación inoportuna de hechos o ideas. La primera parte tratará de la ubicación del derecho a la propia imagen en el marco jurídico, es decir, el estudio de los principios en los cuales este derecho se basa; su relación con otros derechos (la familia jurídica a la cual pertenece), la indicación de un concepto inicial (para hacer una primera aproximación al derecho que se va a estudiar), sus peculiares características, su autonomía (la desvinculación del derecho a la propia imagen de otros derechos) y su marco jurídico internacional (el tratamiento por las Declaraciones de Derechos y Tratados de ámbito internacional). Dedico mi atención al estudio de los principios constitucionales que conforman los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad, de los cuales el derecho a la propia imagen es parte. A la hora de interpretar de forma coherente cualquier tema de investigación, es imprescindible que se entiendan los principios en los cuales se basa su construcción teórica. Por ello, en el Capítulo I se comprobará que existe un fuerte vínculo entre la dignidad de la persona humana y los derechos de la personalidad. En este sentido, hago un breve comentario sobre la introducción del valor de la dignidad de la persona humana en el seno de las Constituciones democráticas, e intento esbozar algunas ideas sobre su significado. A partir de ahí, parto del vívido vínculo que existe entre la dignidad de la persona humana y la categoría de los derechos de la personalidad. Sin embargo, es cierto que para que el

actual Estado Constitucional materialice el valor de la dignidad de la persona humana, habrá de articularse el orden jurídico por un principio que garantice el derecho a la diferencia de los individuos, que potencie la individualidad de la persona humana. Por ello, dedico un apartado de este primer capítulo al principio de Igualdad y No Discriminación, que es el componente del sistema democrático que prohíbe que la proyección de los efectos jurídicos se manifieste de forma discriminatoria, salvo que exista una razón objetiva, justificada y proporcional para ello. Analizo, pues, la importancia del principio de Igualdad y No Discriminación para la eficacia de los derechos de la personalidad, pues sin este principio la individualidad del ser humano podría estar comprometida y, por consiguiente, estos derechos resultarían afectados.

Continuando con esta línea, también es cierto que los principales principios de protección a la inviolabilidad de la persona humana han sido positivados, en la mayoría de los Estados democráticos, en la parte referente a los derechos fundamentales de la Constitución. En este sentido, me he referido a los derechos fundamentales, los cuales fomentan la eficacia de la aplicación del principio de la dignidad de la persona humana, y concretan cómo debe actuar el Estado en la protección de las mínimas condiciones humanas de vida y de desarrollo de la personalidad individual. Los derechos de la personalidad, categoría jurídica a la que pertenece el derecho a la propia imagen, son considerados derechos fundamentales, pues como tales, expresan la individualidad de los seres humanos. Por ello, es innegable admitir que existe una relación intrínseca entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales, motivo por el cual me he centrado en examinar esta correspondencia. Después, paso a analizar las peculiaridades de los derechos de la personalidad, y como en el inicio de cualquier investigación, trazo un boceto histórico del origen de los mencionados derechos. Concretamente, he hecho una breve referencia al origen del concepto de persona, de personalidad y de sus derechos; siguiendo la evolución de estos conceptos, desde la Antigüedad Clásica hasta la madurez del Estado Democrático y Social de Derecho. Posteriormente, me he centrado en elaboración de un concepto de los derechos de la personalidad, matizando su naturaleza y haciendo referencia a sus posibles denominaciones. Estudio quiénes son los titulares de tales derechos, y analizo sus características, dos cuestiones de relevancia decisiva para el desarrollo de los demás temas de la tesis doctoral. Por último, por

cuestiones prácticas y teóricas, he propuesto una división de los derechos de la personalidad, opinando sobre la forma de clasificación que estimo ser la más coherente.

El Capítulo II de la Parte Primera se refiere al derecho a la propia imagen *stricto sensu*. Así, he relatado su origen y precedentes históricos, intentando relacionarlo con su encuadre jurídico e histórico-constitucional, para después, de modo sucinto, analizar la configuración jurídica del derecho a la propia imagen, es decir, su protección en las primeras legislaciones sobre esta materia y el marco internacional (las Declaraciones Universales). He optado por formular un concepto inicial de tal derecho, examinando sus importantes matices actuales, para posteriormente hablar de las digresiones conceptuales. Me he referido a las peculiares características de este derecho de la personalidad, dedicando un apartado a su autonomía, pues no hay que olvidar que en sus inicios este derecho fue confundido y tratado como parte de otros derechos. Las primeras legislaciones que lo mencionaron lo consideraron como integrante del derecho de autor, del derecho al honor, o del derecho a la intimidad (vida privada), pero nunca como un derecho autónomo. Esta también es una de las realidades que reclaman que el derecho a la propia imagen tenga un estudio propio e independiente, descifrando qué hay de exclusivo en su construcción jurídica. He preferido, en este sentido, hacer una distinción más detallada del derecho a la propia imagen del derecho al honor, del derecho a la intimidad y del derecho a la identidad personal porque son los conceptos jurídicos que suscitan más dudas y confusiones. Tras estos planteamientos conceptuales, he expuesto los límites del derecho a la propia imagen, tratando el consentimiento y la revocación desde una perspectiva constitucional; y concluyo este Capítulo II con un razonamiento sobre los reclamos de interés público, tema que ha merecido especial atención por el conflicto que hoy día se plantea entre este derecho individual y la libertad de expresión.

He querido resaltar el hito que supuso en la evolución de la construcción teórica del derecho a la propia imagen la inserción del citado derecho, de forma expresa y autónoma, en las Constituciones de Portugal (1976), de España (1978) y de Brasil (1988). Por ello, esta tesis también tendrá una perspectiva comparada de estos sistemas jurídico-constitucionales, reservada a la Parte Segunda. La comprobada influencia de las

Constituciones de Portugal y de España en la redacción de este tema en la Constitución de Brasil, me ha impulsado a encontrar las raíces en el concepto constitucional del derecho a la propia imagen portugués y en el español para que yo interprete lo que dice la experiencia constitucional brasileña. He investigado, por tanto, de modo más particularizado, el derecho a la propia imagen en el contexto del Derecho portugués y, con la misma intensidad, en experiencia del Derecho español, para analizar, por último, el derecho a la propia imagen en el sistema constitucional de Brasil. He trazado, de modo conciso, la relación entre derecho a la propia imagen y la historia constitucional de cada uno de los países, para estudiar después separadamente la positivación y la configuración del derecho a la propia imagen, esto es, la configuración constitucional, el desarrollo legislativo, el reflejo en la jurisprudencia constitucional y la doctrina que trata el tema. En cuanto a la manera de llevar a cabo la investigación sobre el derecho a la propia imagen del mejor modo posible, he vivido en Portugal (Lisboa), en España (Sevilla), y en Brasil (Brasília), y he constatado algunos de los posibles problemas de esta tarea comparativa, así como las dificultades lingüísticas (cuando es imposible la traducción) y los prejuicios (precomprensión) personales (cuando se parte de lo conocido en el propio sistema y no se profundiza en la lógica del otro con el que hace la comparación). Problemas estos que he intentado atenuar, aunque estoy convencido de que puedo haber cometido equivocaciones.

El Capítulo III, dedicado al análisis de la configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución Portuguesa de 1976, es el de menor extensión de esta Parte Segunda, aunque haya sido de cardinal importancia, como se verá, para el desarrollo de este derecho en los otros dos sistemas constitucionales. Al ser el derecho a la propia imagen, como exhaustivamente he repetido, una “nueva” figura jurídica, no existe todavía una gran participación doctrinal lusitana en el estudio del mismo.

Sobre el Capítulo IV, es oportuno revelar que dos circunstancias hacen que el examen de la parte española del derecho a la propia imagen sea más extenso que el de los otros países comparados: Portugal y Brasil. La primera es que esta tesis doctoral se desarrolla, sobre todo, en tierras sevillanas, y este hecho *per se* ya me induce a

concentrar mi atención en lo que la cultura jurídica española opina sobre este tema. La segunda circunstancia es que la producción intelectual española sobre el derecho a la propia imagen, como he podido comprobar, es mucho más extensa que en Brasil y en Portugal, motivo por el cual gran parte de este trabajo ha sido razonado teniendo en cuenta los planteamientos que las obras de autoría española han suscitado. Estos dos hechos (ubicación del doctorando en Sevilla y la numerosa bibliografía española) conducen, por supuesto, al mayor número de páginas escritas para referirme a la experiencia del derecho a la propia imagen en España.

El Capítulo V y último se dedica al objeto central de la tesis doctoral, pues la intención de esta propuesta interpretativa es aportar una base teórico-constitucional para la formación del concepto constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución democrática brasileña de 1988. Tras hacer un estudio comparado, pude dedicarme a la tarea concreta de examinar la tutela constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución Federal Brasileña de 1988, la cual cita la palabra imagen en tres incisos distintos. El enfoque principal de la tesis es analizar los conceptos de este texto constitucional, confrontándolos con las interpretaciones doctrinales que tratan esta materia, para aclarar mejor la eficacia y efectividad del concepto que se pretende dar del derecho a la propia imagen en Brasil. El objeto del trabajo no es, en absoluto, el estudio de todas las posibilidades de concreción del derecho a la propia imagen, pues ello sería una labor del Derecho Civil, más que del Derecho Constitucional. El principal objetivo del presente trabajo es, por tanto, a través de la interpretación constitucional, dar un sentido más conceptual que operacional al derecho en estudio, analizando la definición, el alcance y la protección del derecho a la propia imagen en Brasil. Por último, después de exponer todos estos matices jurídico-constitucionales, haré mis últimas reflexiones sobre toda la investigación en las conclusiones.

PARTE PRIMERA

**LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CONFORMADORES DEL
DERECHO A LA PROPIA IMAGEN**

La mejor forma de estudiar cualquier tema, esté relacionado con el Derecho o no, es identificar las raíces del mismo. De hecho, si se analiza el origen, si se entiende la idea fundamental que rige la materia, seguramente, se asimilarán mejor sus contornos y las exigencias que requieren más especificidad. En este sentido, es imprescindible examinar los principios constitucionales que sirven de punto de partida y que configuran el tema que quiero exponer. Por ello, empiezo la investigación dedicando mi atención a los principios constitucionales que conforman el concepto constitucional de los derechos de la personalidad y, por consiguiente, del derecho a la propia imagen. También considero relevante trazar la línea confluyente que existe entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad, haciendo una breve referencia a la evolución de estos conceptos. Posteriormente, enfoco la atención de la tesis en los derechos de la personalidad, comentando sobre su naturaleza y planteando sus posibles denominaciones. También se tendrá en cuenta los razonamientos sobre los titulares de tales derechos, las características de tal categoría, y, por último, por cuestiones prácticas y teóricas, haré una referencia a la división de los derechos de la personalidad.

1.1 La dignidad de la persona humana y los derechos de la personalidad

Actualmente, la tendencia de los ordenamientos jurídicos es el reconocimiento del ser humano como centro y fin del Derecho¹. Esta propensión encuentra su justificación en la traumática superación de la ideología totalitaria nazi-fascista, que despreciaba la vida humana, característica predominante en los regímenes totalitarios. Los cambios políticos, económicos y sociales producidos por las dos Guerras Mundiales se reflejaron de forma inmediata en las Declaraciones de Derechos, principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. La persona humana pasó a merecer valoraciones cardinales para el Derecho, otorgándose elevada importancia a la personalidad, corroborándose la idea de que es la persona la figura más relevante para la Sociedad. Ha surgido, en efecto, el fenómeno que la doctrina autorizada denomina de “repersonalización” del Derecho, que se tradujo en la inserción en la Constitución de una materia que era antes exclusiva de los cerrados Códigos Civiles, y en la adopción por los ordenamientos jurídicos de los derechos humanos como directrices esenciales del Estado, y, por tanto, su incorporación a la Constitución como derechos y garantías fundamentales, dedicados a proteger al individuo.

¹ En general, se suele concebir un principio como el elemento fundamental de alguna cosa, el núcleo en que se apoya un estudio o conocimiento. Los principios jurídicos, pues, poseen carácter prescriptivo y expresan los valores ético-jurídicos de una comunidad, y por ello desarrollan los ejes fundamentales sobre los que se basa el ordenamiento jurídico (*vid*: BELAÍDEZ ROJO, M. *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994). Teniendo en cuenta esta concepción de principio jurídico, los principios generales del derecho, a su vez, son entidades jurídicas que inspiran sectores más o menos amplios del derecho legal o consuetudinario, son aquellas ideas básicas de justicia a las que el jurista ha de acudir para extraer de ellas la regla de ponderación, cuando ésta no puede ser alcanzada directamente de una norma, o del empleo de los métodos de integración que el ordenamiento prevé o tolera. Eventualmente, también se suele utilizar los principios generales del derecho para interpretar las normas, e incluso aplicarlas al caso concreto (RUBIO LLORENTE, F. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. (doctrina jurisprudencial); con la colaboración de M^a Ángeles Ahumada Ruiz... [et al.]. Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1995, p. XV). En esta línea, es adecuado razonar que los principios constitucionales, por la posición jerárquica, por el carácter genérico de las normas y por la materia que regula la Constitución, adquieren el *status* de *principios generales fundamentales de todo el ordenamiento jurídico*, porque gozan de la fuerza normativa que les concede la Norma Cúspide del Estado (ZOCO ZABALA, C. *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias*. J. M. BOSCH Editor, Barcelona, 2003, p. 28).

Así, la Constitución Republicana Italiana, de 27 de diciembre de 1947, adoptó esta perspectiva cuando, en el pódico del artículo 3º, inserto en el espacio reservado a los Principios Fundamentales, estableció que “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*”. El precepto también tiene su fundamento en la citada Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual estableció los derechos mínimos que un Estado debe respetar para que sea calificado de democrático; en el Preámbulo declaró que “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el *reconocimiento de la dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; y proclamó en el artículo primero que “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. No obstante, se atribuye a la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, la iniciativa inaugural del acogimiento formal del principio de la dignidad de la persona humana, y la responsabilidad de disponer, en el artículo 1.1 que “*La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público*”. En Francia, a pesar de su tradición en la protección de los derechos individuales, no se encuentra explícito dicho principio en el texto de la Constitución de 1958, pero ha sido extraído de la misma por la labor hermenéutica del Consejo Constitucional². En esta línea, la Constitución de la República Portuguesa³, de 25 de Abril de 1976, proclama en el artículo 1º, relativo a los Principios Fundamentales, que: “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”. Con el mismo razonamiento, la Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978, elaborada después de la dictadura franquista, establece en el artículo 10.1 que “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”, como corresponde a un Estado Social y Democrático

² Decisión 94-343-344 DC, 27 de julio de 1994.

³ Grecia, Portugal y España fueron los tres países europeos que consolidaron el Estado Democrático en los años 70.

de Derecho. A su vez, el constitucionalismo brasileño también albergó el principio de la dignidad de la persona humana. El constituyente de 1988 estableció que el Estado Democrático de Derecho, que en aquel momento se instituía, tiene como fundamento imperativo la dignidad de la persona humana (art. 1º, III). Es innegable admitir, pues, que las circunstancias sociales y políticas llevaron a la protección de la personalidad del ser humano, y a la consecuente adopción, por las naciones democráticas, de un principio básico enraizado en el Estado Social y Democrático de Derecho: el principio ético-jurídico de la dignidad de la persona humana. Desde esta perspectiva, la “repersonalización” del Derecho, como dije más arriba, se configura dentro del contexto de la teorización de la dignidad de la persona humana, y de la inserción de este principio en el texto constitucional.

En efecto, el cambio del fundamento de la Constitución hizo que se valorara de forma más efectiva la adopción de la dignidad humana como *valor* o como *principio* constitucional. Anteriormente, la Constitución era relevante, principalmente, como documento político, pero en algunos países tras la Primera Guerra Mundial adquirió verdadera *fuerza normativa*, y, en otros, después de la Segunda Guerra se impuso como instrumento rector del ordenamiento jurídico del Estado como la norma jurídica superior. El sentido actual básico de la Constitución, seguramente, es el de realizar la unidad política, pues el Estado y el poder estatal no pueden ser considerados como preexistentes. Tanto el Estado como el poder estatal sólo adquieren realidad en la medida en que se consigue reducir a una unidad de actuación la multiplicidad de intereses, aspiraciones y formas de conducta existentes, es decir, cuando consigue producirse una unidad política. La unidad política es una *unidad de actuación*, posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso, incluso, mediante la coerción realizada con resultado positivo; en una palabra, una unidad de tipo *funcional*⁴. No obstante, el surgir de la unidad política se caracteriza por ser un proceso permanente, pues la naturaleza “funcional” de la unidad no

⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional* (trad. Pedro Cruz Villalón). Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1983, p. 8-9.

es estática, ausente de tensiones, y necesita de una ordenación. Por ello, para que los poderes del actual Estado Constitucional resultasen operativos, era imprescindible la constitución de estos poderes dotándolos de organización. Se exigió, por tanto, un *orden jurídico* determinado que garantizase el éxito de esa cooperación creadora de unidad, así como para la realización de las funciones estatales. Esa garantía de eficacia jurídica de los derechos de los ciudadanos basados en la dignidad de la persona humana y de los poderes estatales no reclamaba, exclusivamente, una mera fijación de normas sino, sobre todo, una actualización del ordenamiento jurídico. Dicho ordenamiento jurídico, por tanto, necesitó ser formulado y declarado vinculante por los poderes estatales en toda su amplitud, debiendo ser concretado y asegurada su observancia, circunstancias esas que fueron posibles gracias a la *fuerza normativa* que alcanzó la Constitución, gracias a la extensión del derecho de sufragio a todas las mujeres y los hombres mayores de edad, i. e., a situar el principio democrático en la base del proceso de formación de la voluntad del Estado. El Estado y el Derecho, pues, dentro del marco de la Constitución *normativa*, se encontraron mutuamente sometidos y dependientes. La Constitución se convirtió en norma jurídica fundamental de la Sociedad, fijando los principios rectores, los cuales establecen la previsión y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos basados en la dignidad de la persona humana, y constituyen el sustrato de la formación la unidad política del Estado. La Constitución del actual Estado Constitucional crea las bases y determina los principios del ordenamiento jurídico en su conjunto, establece los derechos y garantías para resolver los conflictos en el interior de la Sociedad, regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal⁵. En cuanto norma jurídica fundamental, la Constitución no se limita a la ordenación de la vida estatal, pues sus normas también abarcan las bases de la ordenación de la vida no-estatal. La Constitución establece los presupuestos de la creación, vigencia y ejecución de las normas del resto del ordenamiento jurídico, determinando ampliamente su contenido. Se convierte, pues, en un elemento de unidad del ordenamiento jurídico de la sociedad en su conjunto, en el seno del cual impide tanto el aislamiento del Derecho

⁵ VESSONI, Elaine Parpinelli Moreno. “A força normativa da Constituição, Konrad Hesse e a Essência da Constituição, Ferdinand Lassale” (comentários bibliográficos) em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, jan./jun., 2005, p. 360 e ss.

Constitucional de otras parcelas del Derecho, como la existencia aislada de esas parcelas del Derecho entre ellas mismas⁶. En este sentido, las Constituciones democráticas sitúan al individuo como centro y fin del Derecho, y establecen la dignidad de la persona humana como su principal fundamento. Las Constituciones de los Estados constitucionales de la Segunda postguerra, dentro de este contexto, se apoyan en la dignidad de la persona humana como premisa antropológico-cultural y conducen a la democracia como consecuencia orgánica⁷. La *fuera normativa* que ha adquirido la Constitución ha permitido, pues, que la teorización de la dignidad de la persona humana se convirtiera en una realidad jurídica.

Ahora bien, una vez expuesta una sucinta introducción sobre la inserción y la importancia formal de dignidad de la persona humana en los textos constitucionales contemporáneos, es tarea ardua y dificultosa identificar el ámbito de conformación material de tal principio⁸. Esta afirmación se justifica por la pesada carga de abstracción que el precepto contiene en su formulación objetiva, la cual propicia una divergencia doctrinal respecto de su efectivo contenido. Inicialmente, puede entenderse que dignidad es la calidad de aquello que es digno⁹; expresa, por tanto, un realce, una excelencia. Digno, a su vez, significa ser merecedor de algo y también significa “de calidad aceptable”. Dignidad sería, entonces, la calidad que tiene algo que le hace ser merecedor de algo. Comparto, por tanto, la idea de JOSÉ MANUEL PANEA MÁRQUEZ que afirma que tener dignidad significa que se nos debe algo, o que debemos algo a alguien por el mero hecho de tenerla. Reconocer la dignidad humana, pues, es reconocer que se está en deuda con el ser humano y que, por ello, tal condición, por sí misma, reclama, exige, demanda un actuar en cierto sentido. Reconocer que la persona humana tiene

⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional...* cit, p. 16-17.

⁷ HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional* (trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Editorial Trotta: Madrid, 1997, p.45.

⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. “El derecho a la intimidad en el ámbito de la Biomedicina”, en *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas*, Antonio Ruiz de la Cuesta (coordinador), Universidad de Sevilla: 2005, p.105, explica que “parece ser tributo inevitable de los conceptos y categorías más recurrentes en la teoría jurídica adolecer de un déficit de intensión conceptual proporcionalmente inverso a su extensión de uso”.

⁹ Según enseña la Real Academia Española (www.rae.es).

dignidad es reconocer que existen exigencias que le son debidas, unos derechos que le pertenecen. Cuando se refiere a la dignidad humana, se habla de algo que se predica del ser humano, y, por tanto, de todo y cualquier ser humano, con independencia, entonces, de edad, raza, sexo, condición social, cultura, etc¹⁰. Para ello, para expresar este valor incalculable, KANT habló de que el ser humano es un fin en sí mismo, que tiene dignidad y no precio. La dignidad es la clave de bóveda de todo el edificio moral kantiano, de toda moral que aspire a desarrollarse dentro del horizonte de lo humano¹¹. Completa PANEA MÁRQUEZ su exposición, planteando que la dignidad no es un *factum* de carácter empírico y tampoco es un teorema, pues su realidad no es ni empírica ni ideal, al revés, su realidad es práctica, pertenece no al orden óptico sino al axiológico, no al “es” sino al “debe”, pertenece, pues, no al orden de las cosas, existentes o futuribles, sino al orden de las valoraciones, y por tanto, también de las voliciones; es una cualidad que se otorga, que se quiere otorgar y que realza a la persona humana. Sin ella no habría moralidad posible, se estaría en el plano de la animalidad, de la mera naturaleza, de la *facticidad* instintiva, biológica. La dignidad exige tratar el ser humano no como mero *factum* biológico, sino como algo más, porque ese plus es la dignidad, un elevar, un ensalzar aquello que siempre corre el riesgo de ser cercado por contingencias adversas que siempre lo amenazan con hundirlo, con hacer que su vida, siempre frágil, se vaya a pique. Se necesita la dignidad y su reconocimiento universal, pues el individuo ha de habitar un mundo plural, culturalmente diferenciado, con concepciones no coincidentes de qué sea una vida buena, pero dentro de un límite que trace las fronteras de lo humano frente a lo inhumano. La dignidad es el *a priori* de la moralidad, es decir, la condición de

¹⁰ PANEA, J. M., “La imprescindible dignidad”, *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas*, Coord. Antonio Ruiz de la Cuesta, p.18-28, Universidad de Sevilla, 2005. Continúa el citado autor sosteniendo que la dignidad es un realce, un elevarnos, un hacernos valer, un valor, algo que nos otorga valía, y, por tanto, algo que nos hace en consecuencia con ello, merecedores de un trato debido, adecuado y no de cualquier otro. La dignidad nos coloca, de este modo, en la posición de acreedores, si hablamos de nuestra dignidad, y de deudores, si hablamos de la dignidad del otro. Por eso, cuando se percibe que a una persona no se le eleva, en sentido figurado y amplio del término, sino que, por ejemplo, se le humilla, se le rebaja, se le olvida, se le priva, injustificadamente, de libertad, de la vida, o de cualquiera otra exigencia reconocida como derecho, bien moralmente, bien jurídicamente, decimos que ha recibido un trato indigno, es decir, que se ha producido un rebajamiento, una caída, una degradación o humillación en su condición humana, y ha sido, pues, tratada como si fuera una mera cosa, un objeto sin valor.

¹¹ *Ibid.*

posibilidad de la moral misma, el espacio donde lo humano es posible, el lugar más allá del cual sólo resta lo inhumano¹². Concluye dicho autor relatando que HUME ya decía que la ambición de un individuo no es la ambición de otro, pero la humanidad de uno es la humanidad de todos. Que el ser humano se diferencia, como ya sabía Aristóteles, de la mera planta, cuyo *telos* o fin es el mero vivir, y del buey o del caballo, en el que vivir se reduce al mero sentir, que, más bien el ser humano posee un *telos* cualificado: aspira no sólo a vivir, o a sentir, sino a vivir bien. Y más aún, la persona humana es el animal que tiene *logos*, es decir, puede abstraer, razonar, imaginar, comunicarse, y todo ello sin olvidarse de que el ser humano es una inteligencia que siente y un sentimiento que entiende, pues el individuo es un ser de posibilidades¹³. Este sentido también coincide con la idea de KARL LARENZ, que, exhortado a pronunciarse sobre la influencia del personalismo ético de KANT en el mundo ideológico de los legisladores del Derecho Privado, reconoce que la condición de persona es la cualidad que distingue al ser humano de todos los demás seres vivientes. Admite, aún, que la dignidad personal es una prerrogativa de todo ser humano de ser respetado como persona, de no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo y la salud) y de disfrutar de un ámbito existencial propio¹⁴. Este razonamiento es bien traducido en otras palabras por JAVIER PÉREZ ROYO que argumenta que lo que diferencia al ser humano de los demás seres del reino animal es que la persona humana tiene *voluntad*, es decir, que no está obligada a actuar de determinada manera, sino que puede optar entre distintas alternativas. La voluntad propia sólo puede ser individual, pero todos los seres humanos, sin excepción, son portadores de voluntad. Este hecho justifica la diferencia y la igualdad de los seres humanos, pues si tenemos voluntad propia es porque todos somos *diferentes* y por el

¹² *Ibíd.*

¹³ Por eso ANTONIO RUIZ DE LA CUESTA cita ZUBIRI que explica lo que es la *inteligencia sentiente*: “considerando que ‘entender y sentir’ constituían una unidad metafísica estructural, en cuanto que el hombre – como ‘sustantividad abierta’ – demuestra ser el único animal inteligente para el que las cosas no son meros estímulos ante los que reacciona (como ocurre con el resto de los animales), sino realidades con las que mantiene una doble actitud: la de estar con ellas y frente a ellas.” (RUIZ DE LA CUESTA, Antonio. “El Valor ‘Vida Humana Digna: su prescriptividad ética y jurídica’ en *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas*, Coord. Antonio Ruiz de la Cuesta, Universidad de Sevilla, 2005, p. 59-78).

¹⁴ LARENZ, Karl. *Derecho Civil, Parte General*, (trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea). Editorial Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho Reunidas): Madrid, 1978, p. 44-46.

hecho de que todos los seres humanos somos portadores de voluntad propia, todos somos *iguales*. En esto, en lo que tienen en común y en lo que se diferencian los seres humanos, se basa la conformación sustantiva de la dignidad humana¹⁵.

A tenor de las palabras antes dichas, es incuestionable percibir que la dignidad de la persona humana se trata de un principio de apertura valorativa, estructuralmente abierto y que por eso está inserto en una categoría axiológica abierta. Como aducido por PANEA MÁRQUEZ, se ha de invocar el respeto a la persona humana independientemente de la comunidad, grupo, religión, lengua, sexo o clase social (etc.) a que la persona pertenezca. Es un principio *antrópico* que comprende la idea pre-moderna y moderna de la *dignitas-hominis*, es decir, que el individuo es el conformador de sí propio y de su vida según su propio proyecto personal¹⁶. La dignidad de la persona humana se refiere a todas y cada una de las personas; pues cada persona vive en comunidad, pero la dignidad se halla en lo individual. El ser humano tiene muchas facetas, no es unidimensional – aunque la organización social imperante había pretendido que lo fuera – y, por lo tanto, las sociedades humanas tampoco lo son. Actuar en ellas requiere tener en cuenta la complejidad del ser humano y la complejidad de la acción social, pues la reflexión, la acción y los resultados son interdependientes, pero no controlables por completo y no meramente cuantificables, pues cada persona es un individuo concreto, único e irrepetible, un ser singular¹⁷. La dignidad, pues, postula una visión universalista y no restringida, de todos los individuos, además de concebir la autonomía vital de la persona y su autodeterminación en relación al Estado y a las otras personas. Hacia esta dirección parece inclinarse ERNEST BENDA cuando afirma que la consagración de la dignidad de la persona humana como parámetro valorativo, emana, inicialmente, de la potestad de impedir la degradación del ser humano como consecuencia de su conversión en mero objeto de la acción estatal. Igualmente, cuando

¹⁵ PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional* (rev. Manuel Carrasco Durán). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005, p. 284.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (3ª ed.). Almedina: Coimbra, 1999, p. 221.

¹⁷ MARTÍNEZ SAMPERE, Eva. “Nuestra común y diferente humanidad: su articulación jurídica”, en *Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coord. Javier Pérez Royo, vol. 1, 2006, p.696.

añade que es competencia del Estado la obligación de proporcionar al individuo la garantía de su existencia material mínima¹⁸.

Basándome en estas ideas, creo posible identificar un substrato material de la dignidad de la persona humana. Se ha de razonar que el Estado debe proponerse materializar la igualdad de derechos entre todos los seres humanos, porque integran la sociedad como personas; que el Estado debe ofrecer la garantía de independencia y de autonomía al ser humano, de manera que impida toda coacción externa al desarrollo de su personalidad, como también toda actuación que implique su degradación; que compete al Estado Constitucional conferir protección a los derechos inalienables del ser humano y suministrar los medios fundamentales para el desarrollo de la persona, es decir que ninguna persona viva en condiciones inhumanas de vida. Por ello, se plantea que la dignidad de la persona humana como base del Estado Social y Democrático de Derecho implica reconocer, sin trascendencias o metafísicas, que el individuo es el límite y el fundamento del dominio político del Estado (*homo noumenon*)¹⁹.

Siguiendo este razonamiento, hay que decir no obstante el ser humano adquiera esta importancia en el ordenamiento jurídico-constitucional (ser el fundamento y el límite del poder político), es oportuno resaltar que la dignidad de la persona humana no convierte el individuo en un ser ilimitado. La dignidad, como valor de la especie humana, también puede limitar la autonomía privada. Ésta, amparada en la igualdad formal de las

¹⁸ BENDA, Ernest. “La salvaguardia de la dignidad humana (artículo 1 de la Ley Fundamental)” (trad. Joaquín Brage Camazano) en *The Spanish Constitution in the European constitutional context* (La Constitución Española en el contexto constitucional europeo), Francisco Fernández Segado (ed), Dykinson: Madrid, 2003, p. 1450-1451. Conviene traer a colación que ERNEST BENDA, examinando el artículo 1, de la Constitución alemana, afirma que la dignidad de la persona humana, en el ámbito penal, otorga al acusado el derecho de poder defenderse mediante la activa participación en el proceso. Añade que también se le atribuye el derecho de no ser obligado a hablar contra su voluntad, pugnando por la exclusión de la utilización de medios psicológicos o técnicos que permitan averiguar la veracidad de sus declaraciones. En el mismo sentido, sostiene que el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de 1949 prohíbe las penas no proporcionales y/o crueles, debiéndose respetar los presupuestos básicos de una existencia individual y social del condenado (p.1454).

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...*cit., p. 221.

partes, fue extremadamente reverenciada en el Estado Liberal²⁰. Dicha concepción sufrió una mitigación con el nacimiento del Estado intervencionista, basado en la constatación de que sustancialmente las personas están en situación de desigualdad social y, por ello, la manifestación volitiva ha de hallar un control de moderación. No se puede admitir, por ejemplo, en la actualidad histórico-democrática, que uno de los contratantes sea reducido a la condición de mero objeto de la pretensión contractual, con cristalina ausencia de respeto a su condición de persona. El ser humano sería un mero objeto a disposición de cualquier otro, sin límite alguno, hasta la crueldad, o un mero objeto de desprecio e indiferencia. En estos supuestos, aunque considerada la autonomía privada de las partes, se vulnera el orden público basado en la dignidad de la persona humana, dada la manifiesta y perjudicial desigualdad factual existente. De hecho, la concepción contemporánea de la dignidad de la persona humana pronostica esta doble acepción. Primeramente, prevé un derecho individual protector, sea en relación al Estado, sea en relación a las demás personas. De otro lado, establece un verdadero deber fundamental de tratamiento en condiciones de *igualdad* sustancial de los propios individuos. En esta línea, dicho principio se configura, también, por la exigencia al individuo de respetar la dignidad de sus semejantes, así como se debe respetar la Constitución Democrática, gracias a la cual está tutelado²¹. Por eso, la dignidad de la persona humana, en abstracto, limita la autonomía privada²² adecuando el contrato al orden público y a la justicia social.

²⁰ Como muestra, vale añadir que el artículo 1.134, del Código Civil Napoleónico, promulgado en 1804, solemnizaba el preponderante papel del consentimiento, afirmando que el contrato era ley entre las partes.

²¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 129. La concepción de esa noción de deber fundamental, en palabras de, se resume en tres principios del Derecho Romano: *honestere vivere* (vivir honestamente), *alterum non laedere* (no perjudicar a nadie) y *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo que le es debido).

²² Conviene aquí diferenciar la denominación de autonomía *de la voluntad* y autonomía *privada* defendida por ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES (*Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50 y ss). El término autonomía de la voluntad se insertó en el vocabulario jurídico proviniendo de unas circunstancias históricas que posibilitaron la consolidación de la idea de que la voluntad era, por sí sola, fundamento de derechos. La hegemonía de esta tesis se erigió en Francia, a mediados del siglo XIX. Según la tesis de los voluntaristas la declaración de la voluntad es la que genera los actos y los negocios jurídicos. La voluntad todavía era un elemento fundamental en la teoría de los actos jurídicos no obstante la demostración de MARX, que comprobó que todos actúan de acuerdo con la fuerza de la ideología, y la comprobación de FREUD, que afirmó que todos los seres humanos son influidos por el inconsciente. Uno de los argumentos que contribuyeron para la afirmación del consensualismo fue la idea de la inseparabilidad entre la persona y su voluntad. Se consideraba la voluntad como la propia expresión psíquica de la persona. En este sentido, conforme a dicho principio, si se reconocía fuerza jurídica a un acuerdo de voluntades, se podían crear efectos jurídicos. Sin embargo, se

La autonomía privada no puede ser invocada para crear o mantener una relación jurídica de la cual se deriva un menoscabo de la condición humana del individuo. No puede justificarse, por tanto, con la teoría de la autonomía privada, que un contrato sea válido, legítimo o lícito cuando su ejecución provoque una situación de sometimiento o una humillación, de ridículo o de tratamiento degradante, aplicada a una de las partes²³. En este sentido, el principal enfoque del principio se ciñe a la imposibilidad de que se

razonó que la voluntad en sí misma es interna al sujeto y no puede ser reconocible por otra persona y por el ordenamiento jurídico, existiendo únicamente para la consciencia de la propia persona. A partir de ahí, empezaron a emplear el término manifestación o declaración de la voluntad y no solamente voluntad. Esta tesis aducía que la persona se obliga por medio de la declaración de la voluntad, independiente de las circunstancias del negocio jurídico. La teoría de la autonomía privada cuestionó el dogma de la voluntad al defender que el puro consenso no es capaz de crear derecho, sólo el consenso previsto como legítimo en el ordenamiento jurídico o el que no lo contraríe. El negocio jurídico no nace simplemente de la manifestación de la voluntad, pues tal concepto deviene de una concepción individualista exagerada, que considera el sujeto fuera del contexto social. No existe una ligazón automática de la voluntad y el poder de generar consecuencias jurídicas. La voluntad no es el único factor determinante del negocio jurídico, el cual nace de una manifestación o declaración o comportamiento concluyente, disciplinado por el ordenamiento jurídico y, por ello, debe obedecer a todos los requisitos de validez legalmente establecidos. Uno de los puntos débiles de la autonomía de la voluntad sería que la voluntad individual era omnipotente, desembocando la idea de que no habría límites jurídicos para el ejercicio de la libertad contractual. La ausencia de los límites es la que distingue la teoría de la autonomía de la voluntad y la teoría de la autonomía privada. En esta última, hay dos ámbitos que definen la competencia jurídica: el ámbito particular, individual; y el ámbito público, soberano, de la competencia normativa estatal. La teoría de la autonomía privada establece que la competencia del particular se determina y se delimita por el orden jurídico. Esta es una afirmación que no se aplica a la autonomía de la voluntad. La autonomía privada siempre estará supeditada al orden jurídico, pues el poder de generar reglas jurídicas para las propias situaciones o relaciones está en la declaración de la voluntad, siempre que ésta esté en conformidad con la forma, el contenido, la capacidad y la legitimidad de los sujetos, establecidos por el ordenamiento jurídico. La voluntad autónoma es requisito para la exigencia del negocio jurídico, pero no es suficiente para su validez. Esta es la idea de LUIGI FERRI (*La autonomía privada (trad. Luis Sancho Mendizábal, edición al cuidado de Jose Luis Monereo Pérez)*. Granada: Editorial Comares, 2001, p.05) que critica a quien prefiere hablar de autonomía de la voluntad. Aduce que quien así lo hace desconoce el problema mismo de la autonomía privada, problema que, visto desde el ángulo subjetivo, se identifica con la búsqueda del fundamento del poder reconocido a los particulares de crear normas jurídicas. Los que hablan de la autonomía de la voluntad dan relieve a la voluntad real o psicológica de los sujetos, que supuestamente es la raíz de los efectos jurídicos, en oposición a quienes, por el contrario, ven más bien en la declaración o en la manifestación de la voluntad, como hecho objetivo, o en la ley, la fuente de los efectos jurídicos. El inicio de este cambio de entendimiento de la autonomía de la voluntad como autonomía privada acompaña la evolución del Estado Liberal hacia el Estado Intervencionista.

²³ Procede referirse a la decisión del Consejo de Estado de Francia, de octubre de 1995, que decidió sobre el caso de una discoteca, situada en la región metropolitana de París, que tenía una atracción rara, consistente en lanzar un enano de un punto al otro de la discoteca, como si él fuese un proyectil. La decisión afirma que el respeto a la dignidad de la persona humana es uno de los componentes del orden público, cabiendo a la autoridad administrativa, en el uso del poder de policía, prohibir el espectáculo atentatorio contra dicho principio. En este caso, se infirió que la dignidad de la persona humana representa una limitación a la libertad individual, precisamente a la libertad de contratar, tutelando, de esta forma, al individuo frente a sí propio.

reduzca al ser humano a la condición de *mero objeto* del Estado y/o de terceros, esto es, se veda la “cosificación” de la persona.

Ante las observaciones antes comentadas, es coherente afirmar que la importancia de la persona radica en el *ser* y no en el *tener*, pues la libertad moral prescinde de la propiedad. No obstante, el principio de la dignidad de la persona humana también exige, y de él emana el derecho a una existencia material mínima. Ello debería garantizar, como resalta HÄBERLE, que el Estado suministrara a cualquier persona humana²⁴ un mínimo de recursos²⁵ capaz de proporcionarle la subsistencia, pues las personas que padecen de necesidades materiales caen fácilmente en la dependencia de los económicamente más fuertes²⁶. Por este motivo, no pueden en modo alguno adoptar decisiones libres, pues si prevaleciera esta situación, los ciudadanos activos, que contribuyen para conformar la colectividad, se convertirían en súbditos. Estos individuos no serían tomados en consideración en el proceso de hallazgo y realización de los valores propugnados por la Constitución y, por consiguiente, para el desarrollo de los principios constitucionales. En la misma línea, ERNEST BENDA resalta que esta afirmación ya está presente en la doctrina del Tribunal Constitucional, pues hubo un cambio de exégesis del artículo 1.1, de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, y ahora prevalece la idea de que el mencionado artículo impone no sólo que el individuo no debe ser tratado arbitrariamente, sino también que la *mens legis* indica una garantía de protección a la dignidad humana de un individuo. No se refiere a una idea abstracta de humanidad, sino a unos hombres y

²⁴ MARTÍNEZ SAMPERE (Eva. “Nuestra común y diferente humanidad: su articulación jurídica”... cit., p.700) defiende la idea de la renta básica de ciudadanía (más detalles en: <http://www.redrentabasica.org/>), la cual pretende que el Estado pague individualmente un importe (en España unos trescientos sesenta euros mensuales) a cada persona, trabaje o no, independientemente de con quien conviva, y durante toda su vida. Cada persona tendría un mínimo vital garantizado que supliría las necesidades básicas del ser humano.

²⁵ Este razonamiento parece estar acorde con una línea de interpretación encontrada en la teoría de los derechos fundamentales del Estado social, la cual defiende que la concreta garantía del derecho fundamental deviene dependiente de los medios financieros estatales disponibles. La imposibilidad económica se presenta como límite – necesario – a la garantía (prestación) de los derechos fundamentales. Para una mejor explicación de esta posición, *vid.* BÖCKENDFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez). Baden-Baden, 1993, p. 65.

²⁶ HÄBERLE Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley* (trad. Joaquín Brague Camazano). Dykinson: Madrid, 2003, p. 18-19.

mujeres con existencia concreta. Éstas son las personas que necesitan la protección y asistencia en su dignidad. Alega que sea lo que sea lo que le falte a él o a ella, no puede serle negada su dignidad, lo que significa respetar la dignidad de todos²⁷. En este contexto, una interpretación adecuada del principio lleva a la conclusión de que se torna inadmisibile que el administrado sea despojado de los recursos indispensables para una existencia digna. Un ejemplo potencial es que el Estado, cuando interviene en la propiedad, por la vía fiscal o no, no puede apoderarse de bienes que priven al administrado de los medios elementales de subsistencia. Además, los poderes públicos tienen la obligación adicional y primordial de proveer al ciudadano de un mínimo existencial. Unido a lo anterior, va el convencimiento de que el derecho a la existencia digna no está asegurado sólo por la abstención del Estado, sino que se deduce de ahí también el deber estatal de fomentar prestaciones positivas, pues cuando el *Welfare State* substituye al *État-gendarme*, el Estado tiene un cambio de objetivos y de acciones, transformándose de un Estado mínimo en un Estado intervencionista, basado en el principio de la dignidad de la persona humana. En este sentido, con esta nueva concepción, primando la búsqueda del bienestar social, los principios políticos constitucionalmente conformadores del Estado permiten que éste pueda intervenir en la vida económica individual. Como consecuencia lógica de esta afirmación, puede plantearse que la inserción del principio de la dignidad de la persona humana en la Constitución también expresa el derecho individual a la existencia material digna, que ha de ser entendido como un objetivo más del actual sistema protector suministrado por el Estado Social y Democrático de Derecho.

La existencia de este deber de suministrar recursos mínimos para una digna sobrevivencia “física” del individuo, no debe hacer olvidar que de la dignidad de la persona humana también ha de extraerse el deber de protección a la sobrevivencia “moral” de la persona. Por ello se suele afirmar que el valor²⁸ dignidad de la persona

²⁷ BENDA, Ernest. “La salvaguardia de la dignidad humana (artículo 1 de la Ley Fundamental)”...cit., p. 1449.

²⁸ Es oportuno comentar, de modo breve, la preferencia de denominar la dignidad humana como *valor* o como *principio*. Ya he analizado en una nota anterior (1) la concepción de lo que se entiende por *principio*.

humana, en el ordenamiento jurídico, actúa como un elemento unificador de las normas y categorías jurídicas y tiene un fuerte influjo en los medios de protección de la persona en sí misma considerada²⁹. En este trabajo se dará mayor relevancia a la sobrevivencia “moral” de la persona humana, pues la *inviolabilidad moral* de la persona humana se configura, por supuesto, con la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico a los derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad conquistaron la notabilidad que ahora han alcanzado, después de la Segunda Guerra Mundial, justamente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el establecimiento del principio de la dignidad de

Es cierto que se suele conferir a estos dos conceptos, valor y principio, un carácter prescriptivo, pero también es cierto que las divergencias surgen cuando se examina la naturaleza de esta prescripción. La principal dificultad en este debate es la traducción de ambos en normas estatales, en el momento de conceder mayor o menor relevancia jurídica a los que están expresamente en el texto constitucional. Por eso se suscitó la idea de que los valores sólo tienen eficacia interpretativa, pues son normas programáticas, simples directrices o declaraciones retóricas, sin valor vinculante, que se determinan como pautas de legitimación del orden jurídico, más que como parámetros de legitimidad de los actos jurídicos, y que pertenecen al ámbito axiológico. Conviene traer a colación la concepción de *valores constitucionales* ofrecida por PÉREZ LUÑO (A-E. “Sobre la igualdad en la Constitución Española” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 4, 1987, p. 141) que indica que éstos poseen una triple dimensión: fundamentadora, orientadora y crítica, y que, además, los valores no suelen contener especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas que deben seguirse de su aplicación. Por ello, los valores forman el contexto *histórico-espiritual* de la interpretación de la Constitución y, en especial, de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Los principios, a su vez, poseen eficacia normativa e interpretativa, son conceptos deontológicos (ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2001, p.138-147) y pueden actuar, simultánea o sucesivamente, como: criterios hermenéuticos (*principia cognoscendi*), para conocer, interpretar y aplicar las restantes normas jurídicas; como fuentes del derecho (*principia essendi*) que constituyen elementos normativos o partes integrantes del ordenamiento; o como pautas de valoración (*prima principia*), es decir, como axiomas o postulados axiológicos que deben inspirar todo el orden jurídico (PÉREZ LUÑO, “Sobre la igualdad ...cit., p. 142). Sin embargo, como bien delimita ZOCO ZABALA (*Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias...cit., p.32*) en la medida que el juez realiza una actividad creativa, completando los extremos de la norma no previstos por el legislador, también proyecta el valor en la norma. Creo que esta línea de pensamiento aquí esbozada lleva al entendimiento de que el enfoque prescriptivo del valor, que sería lo primero cuando lo hace el legislador, puede alcanzar su eficacia jurídica en la labor estatal ejercida por el Poder Judicial. Por ello, se afirma que los valores, por su generalidad, permiten una gran variedad de conversiones normativas, mientras que los principios prefiguran las posibilidades de su transmutación en normas. Se diferencian estos conceptos, pues, atendiendo a un aspecto meramente *cuantitativo* (la abstracción) y no *cualitativo* (eficacia jurídica). En sentido parecido, PÉREZ LUÑO (A-E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid: 2005, p. 293 y ss.) afirma que la recepción constitucional del valor aúna la normatividad jurídica a su prescriptividad ética.

²⁹ Parece ser esa la interpretación de VIEIRA DE ANDRADE (José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed. Almedina: Coimbra, 2001, p. 97) cuando afirma que el principio de la dignidad de la persona humana está en la base del estatuto jurídico de los individuos y confiere unidad de sentido al conjunto de preceptos relativos a los derechos fundamentales.

la persona humana. Está fuera de duda que el crecimiento y la importancia de los derechos de la personalidad vienen vinculados a la inserción del principio de dignidad de la persona humana en los nuevos sistemas constitucionales democráticos³⁰. Ello demuestra la intrínseca relación que estos derechos tienen con dicho principio ético-jurídico. Es irrefutable argumentar que los derechos de la personalidad, por excelencia, se configuran como los principales instrumentos de la tutela de la individualidad de la persona humana, y que se identifican, pues, como expresiones concretas de la dignidad. La moderna doctrina viene sentando el entendimiento de que la personalidad se ha transformado en un principio o valor jurídico, más que un mero atributo. Quiero resaltar que KANT, en su obra *Fundamentos de una metafísica de las costumbres*³¹, ya usaba la expresión dignidad como sinónimo de personalidad. Esta idea corrobora, actualmente, la tendencia humanista de la interpretación que lleva a la conclusión de que la personalidad no se reduce únicamente a la capacidad de goce³², sino que es un requisito para la

³⁰ Se tratará sobre la positivación de tales derechos en un apartado posterior.

³¹ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Santa Fe: El Cid Editor, 2003, *passim*

³² Ya en la década de los 60 DÍEZ DÍAZ, (Joaquín. ¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona? Madrid Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1963, p. 19) elogiaba la teoría de DE CUPIS, quien afirmaba que “sin dichos derechos, los restantes derechos subjetivos pierden todo interés y llegarían a desaparecer porque, quitados ellos, se destruye la personalidad misma. Integran el núcleo más profundo, más inherente a la personalidad. Se vinculan al ordenamiento positivo como cualesquiera otros derechos, y precisamente su tónica dominante consiste en la extraordinaria y eficaz presión que vienen ejerciendo sobre aquel ordenamiento positivo”. Posteriormente, CASTÁN TOBEÑAS (José. *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo I, vol. II*. Reus: Madrid, 1978, p. 116) explica las teorías sobre la personalidad jurídica: 1) Para las teorías normativistas, formalistas o puramente jurídicas, la personalidad es una atribución del orden jurídico. Se fijan principalmente en el problema dogmático o de ciencia jurídica positiva: cuando existe una ordenación y cómo se reconoce la persona jurídica. 2) Para los teóricos realistas o iusnaturalistas, la personalidad es un atributo esencial del ser humano, inseparable de éste, ya que, como ser racionalmente libre, le corresponde la capacidad de querer obrar para cumplir su fin jurídico. Se preocupan por el problema ético-jurídico y jurídico-ideal, de a qué entidades y en qué condiciones debe ser concedida la personalidad jurídica. En la opinión del autor son estas últimas las que permiten, sin el exclusivismo de las formales, enlazar los dos puntos de vista para llegar a conclusiones satisfactorias, facilitando la solución de los problemas de Derecho positivo, al dar al intérprete la orientación que *resulta de la consideración de la dignidad y valor de la condición humana*. Carlos Alberto da MOTA PINTO (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.100) afirma que la personalidad jurídica significa más que la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y, en general, de relaciones jurídicas. BUSTOS PUECHE, (José Enrique. *Manual sobre los bienes y derechos de la personalidad*. Dykinson, 1997, p. 76) afirma que el principio general de respeto a la dignidad humana, art. 10.1 de la C. E., sale más favorecido si se amplían los bienes de la personalidad con la mayor extensión posible. Es posible proteger tales bienes, no sólo cuando constituyen el objeto de concretos derechos subjetivos – derechos de la personalidad – sino también si *se estiman valores cardinales del Ordenamiento*.

conformación de la sobrevivencia “moral” de la persona humana que su dignidad exige. Esto es así porque, como bien recuerda PÉREZ LUÑO, la dignidad humana ha sido en la historia y es en actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona³³. Si la dignidad, como se ha visto, significa ubicar a la persona humana en el centro del ordenamiento jurídico y, por su parte, los derechos de la personalidad representan los principales instrumentos de expresión de la individualidad de la persona humana, reside pues, en estas afirmaciones, el fundamento que sostiene la relación directa entre la dignidad de la persona humana y los derechos de personalidad. Pese a que la idea de personalidad conduce a la afirmación de que cada ser humano es distinto de los demás, ello no significa que varíe la *igualdad sustancial* de cada persona de la especie humana. Todo ser humano, en cuanto persona, goza de una personalidad que, al mismo tiempo, proporciona unas características diferentes a cada uno³⁴. A través del ejercicio de los derechos de la personalidad, la persona se convierte en protagonista, es decir, se toma el centro de las relaciones jurídicas, pues están en juego sus valores personales que la individualizan, que la destacan del seno social. La dignidad, de este modo, está relacionada con esta idea de personalidad, pues nadie puede atentar contra la personalidad vulnerando los derechos inviolables e inherentes de otra persona, sin que se afecte, con este mismo acto, su dignidad. Con este planteamiento no quiero llevar al equívoco de pensar que la tutela de la dignidad de la persona humana se lleva a cabo sólo a través de los derechos de la personalidad. No es esta la intención, pues de la dignidad de la persona humana emanan otros aspectos y los derechos de la personalidad se refieren a algunos de ellos. En realidad, la intención de relacionar la personalidad y, consecuentemente, los derechos de la personalidad y el principio de la dignidad de la persona humana es concluir que tales derechos extraen su fundamento material del aludido principio³⁵, pues son sus

³³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...*cit., p. 51.

³⁴ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1996, p. 28.

³⁵ HERRERO-TEJEDOR (Fernando). *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Editorial Colex: Madrid, 1994, p. 20) en el inicio de su obra expone que del art. 10.1 de la Constitución Española emana una doble positivación: la primera supone una concreción no sólo del valor primordial de la persona en nuestro ordenamiento, sino también de los derechos que le son inherentes y de la personalidad en cuanto tal, y la

concreciones objetivas³⁶. Esta postura está justificada porque los derechos de la personalidad son los esenciales e inherentes a la persona humana y se encargan de la protección de su “dignidad moral”. Los derechos de la personalidad, por ello, son inalienables, porque la dignidad humana no es susceptible de alienación y, por tanto, es coherente la afirmación de que el ser humano no es libre para abdicar de tales atributos, pues estaría poniendo en riesgo su propia dignidad. En suma, lo que quiero señalar en este apartado es que la noción de respeto a la esencia, a las características y a los sentimientos de la persona a través de los derechos de la personalidad se traduce en una protección directa de la dignidad de la persona humana³⁷.

No obstante tales relaciones sustantivas, para una completa comprensión de las ideas antes expuestas, se ha de convenir que la dignidad, para existir, no necesita ser reconocida por el ordenamiento jurídico, por ser un *valor* de la humanidad. Empero, lo cierto es que para un ordenamiento jurídico constitucional sí será un requisito imprescindible de *legitimidad* democrática el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de los valores que van unidos a la misma³⁸. Por ello, el Estado Social y Democrático de Derecho, además de reconocer formalmente la dignidad humana, debe establecer garantías para que las personas expresen sus individualidades, sus diferencias. Y para ello es incuestionable la idea de que el actual Estado Constitucional ha de articularse a través de un principio que garantice *el derecho a la diferencia* de los individuos y que se incluya, con vigor y relevancia, entre los componentes de la dignidad de la persona humana. En otras palabras, para que efectivamente se pueda ofrecer una tutela estatal a los derechos que expresan la individualidad de las personas, los derechos de la personalidad, y por consiguiente, a la dignidad de la persona humana, el Estado y la

segunda es el reconocimiento explícito de los más importantes derechos de la personalidad como derechos fundamentales.

³⁶ SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. “La Constitución y relaciones privadas concretas: derecho al honor” en *Constitución y relaciones privadas*, (dir. Xavier O’Callaghan Muñoz), Cuadernos de Derecho Judicial, XI, 2003, p. 83.

³⁷ PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil...cit.*, p.100) vincula la noción de personalidad jurídica a la idea de dignidad de la persona humana, que se valoriza con el reconocimiento de una variedad de derechos de la personalidad.

³⁸ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *La dignidad de la persona...cit.*, p. 29.

Constitución democráticos han de articularse en torno al Principio de Igualdad y No discriminación, potenciando así el actuar libre y digno del individuo. A este Principio de *Igualdad y No discriminación* voy a dedicar el siguiente apartado, para explicar su importancia en el seno del ordenamiento jurídico el Estado y su relevante interacción con los citados derechos.

1.2 El principio de Igualdad y No discriminación y los derechos de la personalidad

La consagración constitucional de la dignidad de la persona humana, como he expuesto, implica el considerar al ser humano, con exclusión de los demás seres, como el centro del universo jurídico. Este reconocimiento se destina, pues, a todos los seres humanos y a cada uno de éstos individualmente considerados. Una consecuencia inmediata de esta concepción es que la proyección de los efectos irradiados por el ordenamiento jurídico no se debe o tampoco se puede manifestar, en principio, de modo diverso ante dos personas, si no hay una razón objetiva, razonable, adecuada, necesaria y proporcional, lo que, en otras palabras, traduce el principio de Igualdad y No Discriminación.

Efectivamente, esta idea que parece tan clara en la actualidad, no lo fue siempre. Desde el comienzo, con el surgimiento del poder y, por consiguiente, de la política, los filósofos y pensadores aspiraban a legitimar la disparidad de tratamiento entre los seres, incluso la esclavitud³⁹. La desigualdad de trato entre los seres humanos era entendida como circunstancia natural. El poder era interpretado como si fuera otorgado a determinados seres, con una motivación biológica, por la propia naturaleza del ser humano⁴⁰. Con este razonamiento, la *desigualdad* era concebida como una *natural*

³⁹ Para corroborar este sentido, se pueden añadir los conceptos de Aristóteles en la obra *Política*, los cuales intentaban circunscribir la tarea de justificar la necesidad y creación del fenómeno político y que planteaban la idea de que regir y ser regido no serían sólo circunstancias necesarias, sino convenientes, y que ya desde el nacimiento unos seres están destinados a regir otros y a ser regidos.

⁴⁰ Es oportuno aseverar que así fue también la justificación del Antiguo Régimen para la teoría del poder. Se puede mencionar la doctrina establecida por Loyseau en su *Tratado de los Órdenes*, hecha para exponer el sistema político monárquico, la cual dice que como no podían los seres humanos vivir todos juntos en pie de igualdad, es necesario que unos ordenen y otros obedezcan.

característica justificadora de todo conjunto o aglomeración humana, pues si había un poder, el tratamiento desigual era naturalmente razonable. Por ello, no era necesario constituir el poder, por su naturalidad inmanente a la sociedad. No era pensable la sociedad sin la presencia ya constituida del poder, pues el poder no necesitaba ser creado o instituido, sino que existía de modo *natural*.

Sobre este punto, las ideas de total sumisión y superioridad, de la desigualdad natural, cambiaron con las revoluciones filosóficas del siglo XVIII y el liberalismo del siglo XIX. En la Ilustración, con la vuelta del pensamiento clásico grecolatino, el ser humano y su naturaleza alcanzan una mayor trascendencia. Se entendió el juicio de la posición del más fuerte sobre el más débil con una postura racional diferenciada, pues se pasa a admitir que los seres humanos somos todos diferentes, pero que ello no sería un motivo que legitimara un trato arbitrario entre los seres humanos⁴¹. Como escribe JAVIER PÉREZ ROYO, el principio en cuestión, por tanto, ha pasado a ser el inverso. El autor plantea que actualmente la *igualdad* es lo *natural*, es decir, que el poder es lo *no natural*, lo *artificial*, cuya existencia tiene que ser justificada y explicada⁴². En esta línea, el poder político, en consecuencia, no está constituido, sino que tiene que ser constituido, y tiene que serlo de manera coherente con el principio que preside las relaciones humanas: la Igualdad y la consiguiente libertad personal. Se identifican, pues, a partir de estas ideas, dos aspectos esenciales: por un lado la exigencia de que todas las personas sean tratadas por el Derecho de modo igual y, por otro, la exigencia de que todas las personas sean tratadas por el Derecho como iguales. El primero aspecto se denomina

⁴¹ Para ilustrar este cambio es necesario citar la obra hobbesiana *Leviathan*: “(...)la naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y de la inteligencia que, a pesar de que pueda encontrarse que un hombre es manifiestamente más fuerte de cuerpo o más rápido de inteligencia que otro, sin embargo, una vez que ha sido tomado en consideración todo esto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan considerable como para que uno pueda pretender para sí con base en ello cualquier beneficio al cual el otro no pueda aspirar igual que él.” Para radicar mejor este posicionamiento liberal conviene añadir la cita sobre el “estado de naturaleza” del *Segundo Tratado* de Locke:“(...)estado de igualdad en el que todo el poder y jurisdicción es recíproco, no teniendo nadie más que el otro, pues no hay nada más evidente que criaturas de la misma especie, nacidas para disfrutar conjuntamente de las mismas ventajas y para utilizar las mismas facultades, deberían ser iguales entre sí sin subordinación o sujeción”.

⁴² PÉREZ ROYO, Javier *Curso de Derecho Constitucional...*cit., p. 48-49.

Igualdad como *universalidad*, y el segundo Igualdad como *diferencia fundamentada* o razonable⁴³.

En este contexto, en el primer momento del constitucionalismo, las declaraciones de derechos determinaban que *la ley es igual para todos*⁴⁴, consagrando la igualdad en su vertiente formal⁴⁵. En efecto, las bases del *Estado Legislativo*⁴⁶ se fundaban en la identificación entre la ley y el Derecho, y de la consecuente construcción del derecho público a partir del principio de legalidad de la administración. En este contexto, el principio de Igualdad y No Discriminación correspondía al principio de legalidad, siendo su fuerza *objetiva-negativa*. La concreción de que *la ley es igual para todos* era realizada por la propia ley, dada su generalidad y abstracción, su vigencia intemporal y su capacidad de vincular los actos concretos administrativos y judiciales⁴⁷. De este modo, el principio se reducía a la exigencia de igual tratamiento de todos por el Derecho, logrado a través de la ley que, a su vez, establecía la neutralidad judicial y la imparcialidad administrativa. Las palabras de MARIA LÚCIA DO AMARAL ilustran bien este

⁴³ AMARAL, Maria Lúcia do. “O princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, en *Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coord. Javier Pérez Royo, vol. 1, 2006, p.647-8.

⁴⁴ Inviolable, por tanto, cualquier distinción de derechos entre nacionales y extranjeros, cuando se trata de derechos inherentes a la persona, exceptuándose, lógicamente, los derechos relacionados con la ciudadanía. A este respecto, es menester referirse a una de las decisiones del Tribunal Constitucional Español, que en la STC 107/1984, entendió que los derechos pertenecientes a la persona, como tal, no radican solamente en los españoles, sino también en los extranjeros, y que dichos derechos son aquellos imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona humana. STC 107,1984: “... una completa igualdad entre españoles y extranjeros ... se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano... Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc..., corresponden a los extranjeros por su propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”. Ver también STC 115/1987, STC 99/1985, STC 99/1993.

⁴⁵ Recuerda PÉREZ LUÑO (A-E. “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales” en *Anuario de Derechos Humanos*, 1º, Madrid, 1981, p. 256-274) que ya en la Grecia clásica la expresión *isonomía*, equivalente a la igualdad ante la ley de nuestro tiempo, aparece ligada a otras modalidades de igualdad como la *isegoría*, igual derecho a expresar oralmente el pensamiento, y la *isotimia*, igual derecho de los ciudadanos para acceder a los cargos públicos.

⁴⁶ AMARAL, Maria Lúcia do. “O princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”...cit., p.648.

⁴⁷ Asevera ALFONSO RUIZ MIGUEL (“La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *El principio de Igualdad* (ed. Luis García San Miguel). Dykinson, Madrid, 2000, p.158) que en este periodo la Igualdad en la ley quedó exenta de toda revisión efectiva como una consecuencia más de la supremacía del legislativo y de la consiguiente falta de controles de constitucionalidad externos al Parlamento; y la igualdad en la aplicación de la ley se dirigió a la exclusión de la arbitrariedad del poder ejecutivo hasta coincidir con el control de la legalidad en los reglamentos y actos administrativos.

momento constitucional cuando se refiere a la igual sumisión de todos los miembros de la comunidad política a la ley. Relata la autora que la ley era entendida como la fuente del Derecho por antonomasia y surgía, para el primer constitucionalismo, como un presupuesto imprescindible para la realización de la libertad⁴⁸.

No obstante, el constitucionalismo posterior a 1945 ha añadido a esa primera interpretación objetiva-negativa, la otra vertiente del Principio de Igualdad y No Discriminación, la *subjetiva-positiva*, que comprende la noción de que dicho principio es el instrumento que garantiza la expresión de las *diferencias individuales*. Se amplió, pues, la idea de igualdad, aumentando su campo de actuación, y de esta transformación del pensamiento emanan algunas aportaciones importantes. El objetivo del Estado es ahora el de posibilitar que las diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas a través de la ley, y, además, el Estado debe, igualmente, garantizar el ejercicio del derecho a dichas diferencias. A partir de esa nueva posición humanista del constitucionalismo, el principio de Igualdad y No Discriminación pasó a irradiar no sólo el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, sino también el *Poder Legislativo*. En este sentido, la igualdad, entonces, pasa a representar una obligación impuesta a los todos poderes públicos, no únicamente cuando se aplica la regla de derecho sino que también en el momento en que es elaborada. De esta evolución de conceptos, toma cuerpo, pues, la postura que sugiere que la persona humana es un ser dotado de universalidad, pero que se manifiesta a través de sus diferencias individuales. Así, PÉREZ ROYO argumenta que la construcción de la ficción constitucional de la Igualdad se basa en la dignidad humana y en la voluntad general, es decir, que la igualdad constitucional es la resultante de la confluencia de un principio antropológico universal pero particular (la dignidad) y de un principio político territorialmente limitado pero general (la voluntad general)⁴⁹. Sobre la dignidad, ya se ha concluido que es universal porque engloba a todos los seres humanos, y es particular en la medida en que se expresa a través de ella la voluntad particular de cada individuo. La voluntad general, por su parte, contempla la voluntad humana desde una perspectiva

⁴⁸ AMARAL, Maria Lúcia do. “O princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”...cit., p. 649

⁴⁹ PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional...*, cit. p. 286.

exclusivamente política, en el momento en que los ciudadanos pactan políticamente a través del voto (el acto formal que hace que sean todos valorados de modo igual) y eligen, por ello, la igualdad constitucional como instrumento rector del ordenamiento jurídico. Por eso se dice que la igualdad hoy día se configura con una eficacia trascendente e inmanente⁵⁰, pues al mismo tiempo tal principio tiene un carácter sustantivo, humano (la dignidad del ser humano), y objetivo, político (la voluntad general)⁵¹.

Tras esta breve ubicación histórico-jurídica del Principio de Igualdad y No Discriminación, lo que se debe extraer de tal enseñanza es que en los actuales Estados Democráticos de Derecho están vedadas las diferenciaciones arbitrarias, las discriminaciones absurdas. Se vulnera este principio constitucional cuando el elemento discriminador no se adecúa a la finalidad descrita en el Derecho. El tratamiento desigual de los casos desiguales, en la medida en que se desigualan, es una exigencia del propio concepto de Justicia⁵². El derecho de los ciudadanos a ser “iguales” en la ley no es

⁵⁰ Como bien plantea PÉREZ LUÑO (A-E. “Sobre la igualdad en la Constitución Española”... cit., p. 137) recordando que a partir de la herencia de la teoría de ROSSEAU la igualdad, en sus dimensiones material y formal se convierte en trascendente porque busca el equilibrio de situaciones económicas y sociales, supone un bien, un valor o un *telos* a conseguir a través del derecho (igualdad a través de la ley); y también inmanente pues mediante la idea de la voluntad general, la igualdad se torna en un requisito básico del concepto de ley, afectando lo mismo al legislador que a los destinatarios de la norma.

⁵¹ PÉREZ ROYO, Javier. *op. cit.*, p. 300-308.

⁵² Sobre estos dos conceptos, Justicia e Igualdad, PÉREZ LUÑO (A-E. “Sobre la igualdad en la Constitución Española”...cit., p. 133-151) aduce que “la identificación entre justicia e igualdad, que se plasma en la tendencia a equiparar el tratamiento justo con el tratamiento igual y el tratamiento igual con el tratamiento justo, engendra una circularidad que difiere, por remisiones recíprocas, la conceptualización de ambas categorías”. Se ha de recordar, pues, que el término justicia, del latín *justus* (de acuerdo con el derecho, *ius*) fue concebida por Ulpiano como *Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Una indebida repetición de esta expresión, la transmutó, identificándola como: “La justicia consiste en dar a cada uno lo suyo”. Un interrogante que se deriva de dicha expresión es cuál es la proporción que cada uno debe recibir. En realidad, el ideal de lo justo nació con la propia humanidad y la revelación de la esencia de este ideal todavía está difusa. La concepción de justicia varía con las ideologías dominantes en cada momento histórico, acercándose a la igualdad o, al revés, a la libertad. A su vez, Platón define la justicia como un principio impuesto por determinada estructura social (colectividad) que establecía que cada ser humano se restringiese a hacer lo que le fuese atribuido. Por otra parte, Aristóteles divide la justicia en especies: distributiva, conmutativa, judicial y equiparada. La justicia distributiva preconiza la distribución de los beneficios sociales entre los miembros de la comunidad, observada una proporcional igualdad, visto que la distribución debe ser hecha por los méritos de cada destinatario. La justicia equiparada revela un intercambio de los bienes, la prestación de servicios y las relaciones entre todos, evaluando la exacta correspondencia entre lo que es dado y lo que es recibido. La justicia conmutativa considera las relaciones contractuales entre las personas, estableciendo la equivalencia entre lo

sinónimo a recibir de ella el mismo trato, pues la igualdad obliga a tratar de modo igual lo que es igual, pero permite (y en ciertos casos, incluso obliga) a tratar de modo diferente lo que es diferente⁵³. Por eso PÉREZ ROYO dice que la Igualdad no es ni puede ser un derecho, pues el “derecho a la igualdad” sería contradictorio con la condición individual del ser humano⁵⁴, pero sí existe el derecho a un trato igual o a la igualdad de trato, en cuanto no discriminatorio, como afirma MARTÍNEZ SAMPERE⁵⁵.

En este ámbito, se suele alegar que la tarea de plasmar el principio de Igualdad y No Discriminación se desenvuelve en esferas distintas. De una parte, ante el legislador, dentro de su libertad constitucionalmente limitada (juicio de constitucionalidad), en la elaboración de leyes o actos normativos, impidiendo que se puedan imponer tratamientos abusivamente diferenciados a personas que se hallan en situaciones idénticas⁵⁶, es decir, se veda, en definitiva, al autor de la norma el diferenciar en ella situaciones que son sustancialmente iguales, y se le obliga a establecer una adecuada proporcionalidad entre las diferencias que la norma reconoce y las consecuencias jurídicas que a ellas han de anudarse. La Constitución no sólo no prohíbe sino que exige un trato legislativo diferenciado, pero no discriminatorio, para llevar a cabo la igualdad real y efectiva⁵⁷. Por otra parte, la igualdad constitucional impone al Ejecutivo (juicio de legalidad), en su discrecionalidad permitida, la *neutralidad* en la ejecución de la ley, prohibiendo, pues, la

que se concede y lo que se recibe como compensación. La justicia judicial es la tarea hecha por el Poder Judicial que exige la paridad entre el daño y la reparación. Ahora bien, la concepción de justicia es muy abstracta. Lo que era justo en la Antigüedad, tal vez no sea justo en la actualidad, pero puede volver a serlo en el futuro. No obstante, en la concepción contemporánea de justicia, el principio al que se le puede atribuir mayor influencia es al de Igualdad y no Discriminación. En esta línea, el actual significado de justicia social puede ser convergente con la justicia distributiva teorizada por Aristóteles.

⁵³ RUBIO LLORENTE, F. “La Igualdad en la aplicación de la ley” en *El principio de Igualdad* (ed. Luis García San Miguel). Dykinson, Madrid, 2000, p.48.

⁵⁴ PÉREZ ROYO, *op. cit.*, p. 277.

⁵⁵ MARTINEZ SAMPERE, Eva. “Nuestra Común y Diferente Humanidad: su Articulación Jurídica”...cit., p. 167-189

⁵⁶ PÉREZ ROYO, *op. cit.*, p. 317: “Si la igualdad constitucional es el criterio mensurador de la neutralidad de la diferenciación legislativa, la diferenciación legislativa es el criterio mensurador de la neutralidad de la potestad reglamentaria y de la acción administrativa”.

⁵⁷ En este contexto, MARIA LÚCIA DO AMARAL (*op. cit.*, p. 651) enseña que “não serão admissíveis aquelas direções que a lei constituir e que não tiverem outro fundamento para além pré-juízo do legislador sobre aquilo que distingue as pessoas e sobre aquilo que é relevante para a formação da sua identidade”.

posibilidad de que una ley neutral deje de serlo en el momento en que es ejecutada por el Gobierno. Esta es una exigencia que se extiende a toda la actividad ejecutiva y afecta tanto a los reglamentos como a los puros actos administrativos. También de la igualdad constitucional emerge una obligatoriedad para el intérprete, básicamente, el titular del poder judicial (juicio de legalidad), de aplicar leyes y/o actos normativos eminentemente de forma *imparcial*, sin establecimiento de discriminaciones por razón de raza, sexo, religión, opinión, clase social, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁵⁸. Por ello se dice que el legislador manifiesta la voluntad general, el poder ejecutivo ejecuta esta expresión de la voluntad general en términos generales y el poder judicial la aplica en los casos concretos, particulares. De aquí se desprende la función limitadora del principio de Igualdad: limitación al legislador, a la autoridad pública y al aplicador del Derecho.

Es relevante observar, de lo que he mencionado, que este principio contiene un doble aspecto. El primero es la (mal llamada⁵⁹) igualdad ante la ley, que se aplica en una fase de generalidad puramente abstracta y se constituye en una exigencia destinada al legislador, que en el proceso de la formación legislativa no podrá incluir factores de discriminación responsables de una ruptura del orden igualitario. La eventual inobservancia de este precepto por el legislador impondrá al acto estatal, por él elaborado y producido, el vicio congénito de inconstitucionalidad. El otro aspecto, la (mal) denominada igualdad en la aplicación la ley, presumiéndose la ley ya elaborada, se

⁵⁸ Ello exige e incluso justifica las medidas de acción positiva a favor de las mujeres, como impone la normativa internacional, comunitaria y constitucional.

⁵⁹ Pues como advierte PÉREZ ROYO (*op. cit.* p. 291-293), “*somos iguales ante la Constitución, pero no ante la ley.* (...) La igualdad ante la ley es, pues, un imposible lógico. Cuando hablamos de igualdad ante la ley estamos diciendo algo que es simplemente absurdo. Una cosa es que la ley sea la misma para todos y otra muy distinta que todas seamos iguales ante la ley. La posición en la que se encuentra cada individuo ante la ley, a diferencia de lo que le ocurre ante la Constitución, no puede dejar de ser diferente. Tan iguales como tiene que ser todos ante la Constitución, tiene que cada uno de ellos que ser diferente ante la ley”. En el mismo sentido, IGNACIO ARA PINILLA (“Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de Igualdad” en *El principio de Igualdad* (ed. Luis García San Miguel). Dykinson, Madrid, 2000, p.205) aduce “que las leyes sean iguales para todos no supone, desde luego, que todos sean iguales para las leyes (éstas pueden establecer y, de hecho, establecen apreciables diferencias entre los ciudadanos sin que quede por ello afectada su condición general), pero sí, cuando menos, que todos son iguales frente a la ley, esto es, que la ley no hace acepción de personas a la hora de imponer su contenido normativo a sus destinatarios, por más que pueda hacerla ciertamente a la hora de determinar cuáles son los derechos y deberes que a cada uno de ellos hayan de corresponder”.

traduce en una imposición dirigida a los demás poderes del Estado, que, en la ejecución o en la aplicación de la norma legal, no podrán desvirtuarla adoptando criterios que motiven un tratamiento injustificadamente selectivo o discriminatorio⁶⁰. En este sentido, el principio de Igualdad y No Discriminación rechaza todas las prácticas, imputables a los poderes públicos o a los particulares, que tienen como objetivo poner al ser humano en posición de desigualdad irrazonable delante de los demás, menoscabándolo como persona, reduciéndolo a la condición de cosa, o aún, privándolo de los medios necesarios para su digna manutención⁶¹. A tenor de lo descrito, es forzoso interpretar que la igualdad es el instrumento político-jurídico para gestionar las diferencias personales, y, en esta línea, se estima que puede y debe haber leyes que establezcan un trato legislativo diferenciado, siempre que éste no sea irracionalmente discriminatorio⁶². Debe estar presente, por ello, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad pretendida, todos en conformidad con los derechos y garantías constitucionalmente protegidos⁶³. Los tratamientos normativos diferenciados serán compatibles con el Principio de Igualdad cuando se identifica la existencia de un fin razonable y racional, claramente proporcional a la finalidad buscada. La igualdad, pues, se ha convertido en el elemento rector del Estado y actualmente vincula incondicionalmente todas las manifestaciones del poder público, el cual debe impedir discriminaciones y extinguir privilegios injustificados, subjetivos, no razonables y desproporcionados. Por lo tanto, es forzoso admitir que el principio de Igualdad y No Discriminación se reviste de auto-aplicabilidad y es un postulado fundamental de todo el ordenamiento político-jurídico.

⁶⁰ PÉREZ ROYO, J. *op. cit.*, p. 309-325: “La ley es la expresión de la voluntad general, pero no la voluntad general. Sólo la Constitución es la voluntad general. Por eso la igualdad legislativa no existe. La única igualdad que existe es la constitucional. Si así fuera la igualdad no podría ser un límite para el legislador. Si la ley fuera el elemento constituyente de la igualdad, esta última no podría afirmarse como límite frente a ella... La ley, las leyes, no contemplan, pues, a los individuos en lo que tienen de iguales, sino en lo que tienen de diferentes... La ley, las leyes, sólo existen por la diferencia y para la diferencia. La igualdad es el presupuesto constitucional de la diferencia legislativa, de la diferencia jurídica. Sin igualdad constitucional no hay diferencia jurídica”.

⁶¹ Sobre éste último, el particular no podrá practicar conductas discriminatorias, dotadas de prejuicios, pues puede incurrir en las penas de la responsabilidad civil y penal, en los términos de la legislación vigente, la cual debe respetar.

⁶² Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, de 1979 entre otras, y la abundante normativa internacional y comunitaria, y las nacionales que la desarrollan.

⁶³ STC 75/1983

Ahora bien, ya se ha razonado que todo Estado Social y Democrático de Derecho, garante de la dignidad de la persona humana, parte del reconocimiento de que el individuo ha de constituirse en objetivo primordial del ordenamiento. De ello es indiscutible concluir, pues, que el principio de Igualdad y No Discriminación tiene una relación *instrumental* con los derechos de la personalidad. La intersección entre la Igualdad constitucional y tales derechos se torna evidente porque la razón de ser de la Igualdad constitucional es el derecho a la diferencia, es decir, que cada uno pueda ejercer el derecho a ser diferente, y los derechos de la personalidad son, por esencia, el principal cauce de manifestación de la individualidad de la persona, esto es, la expresión más directa y visible de que somos diferentes. En esta línea, en todas las sociedades los individuos son diferentes, pues no pueden, lógicamente, no serlo. Sin embargo, lo que quizás no tenían las personas antes de la consagración del principio de Igualdad y No Discriminación es el *derecho a ser diferentes*⁶⁴. Por todo ello, es incuestionable que el Estado Social y Democrático de Derecho, que articula su ordenamiento jurídico bajo las premisas del principio de Igualdad y No Discriminación, debe ofrecer a sus tutelados los medios por los cuales el individuo estén en condiciones de ejercer el libre desarrollo de la personalidad y los derechos que representan sus aspectos más individuales: los derechos de la personalidad. El Estado debe prever, respetar y proteger los derechos de la personalidad de cada persona, asegurando, en este sentido concreto, la individualidad, es decir, que se materialice el derecho a la *diferencia* entre los individuos⁶⁵. Esta, pues, es la base de la interrelación del principio de Igualdad y No Discriminación y los derechos de la personalidad, ya que el objetivo de los dos institutos jurídicos confluye en la búsqueda de la valoración de la persona en el seno social y, por tanto, de su individualización, por la posibilidad de ejercer el derecho a la diferencia.

⁶⁴ PÉREZ ROYO, *op. cit.* p. 288.

⁶⁵ No se habla aquí de la titularidad de tales derechos sino sobre su ejercicio. Como enseña PÉREZ ROYO (*Curso de Derecho Constitucional...cit.*, p. 315) “la titularidad es la igualdad. El ejercicio es la diferencia. La titularidad es el *sine qua non* del ejercicio. El ejercicio es el para qué de la titularidad”.

En este contexto, se constata que los ordenamientos jurídicos actuales, que se cualifica como democráticos, normalmente están ofreciendo mayor protección tanto formal como material a los derechos de la personalidad. Es usual comprobar que esta tutela especial que se da a los referidos derechos se manifiesta en las constituciones contemporáneas en el título dedicado a los *derechos fundamentales* del ciudadano frente al Estado. En efecto, como esta relación entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales suscita algunos planteamientos que merecen mayor relieve, voy a tratar ahora esta importante y novedosa interacción.

1.3 Los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad

Un interrogante que se plantea en relación con los principios hasta aquí comentados es dónde ubicarlos. Una respuesta sencilla e inexorable: dentro de los derechos fundamentales constitucionalmente tutelados por el Estado. Como se infiere de lo que he expuesto, la igualdad no es un derecho fundamental, pero es el fundamento de todos los derechos fundamentales⁶⁶. Los individuos, en situación de igualdad política, en la medida en que han participado en el proceso constituyente de formación de la voluntad general originaria, se toman por este motivo en titulares de derechos fundamentales, derechos de los cuales la democracia no puede prescindir ni tampoco puede, sin ellos, sobrevivir. Sin embargo, la mayoría de los autores divergen sobre la procedencia de un concepto universal de dichos derechos, pues pueden hallarse trazos comunes en todas las concepciones elaboradas, pero no una concepción unísona⁶⁷. Los derechos fundamentales

⁶⁶CRUZ VILLALÓN (Pedro. “Formación y evolución de los derechos fundamentales” en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 9, Nº 25, 1989, p. 35-62) afirma que los derechos fundamentales nacieron con las Constituciones y ello supone que, a pesar de que con anterioridad a esa fecha, y a partir de los grandes documentos ingleses del siglo XVII (*Petition of Right, Habeas Corpus Act, Bill of Rights*), ya puede hablarse de unos derechos en el sentido moderno de la palabra, aunque en la forma de *common law* de los ingleses. PÉREZ LUÑO escribe que el término *derechos fundamentales* aparece en Francia en 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de 1789 (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...*cit., p. 32). A su vez, PÉREZ ROYO (*Curso de Derecho Constitucional...*cit, p. 236) que el término alemán (*Grundrechte*) se usa por primera vez en la Constitución de 20 de diciembre de 1848 aprobada por la Asamblea Nacional en la Paulkirche de Frankfurt. “Los derechos Fundamentales del Pueblo Alemán”.

⁶⁷ Creo que es oportuno traer a colación la lección de VIERA DE ANDRADE (José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa...*cit., p. 13) cuando explica que los derechos fundamentales

se relacionan directamente con la garantía de la no injerencia del Estado en la esfera individual (conquistada por la primera generación de derechos fundamentales) y fomentan la eficacia de la aplicación del principio de la dignidad de la persona humana. Hay que recordar que la UNESCO los considera, genéricamente, por un lado, una *protección institucionalizada* de los derechos de la persona humana contra los excesos de poder cometidos por los órganos del Estado, y por otro, reglas que establecen *condiciones humanas de vida y desarrollo* de la *personalidad* humana⁶⁸. A su vez, afirma PÉREZ LUÑO que los derechos fundamentales son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de dignidad, de libertad y de igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional⁶⁹. Considera JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS el aspecto individual y el comunitario de los derechos fundamentales, que deben ser respetados y reconocidos por los poderes públicos. Resalta este autor el doble aspecto de dichos derechos, subjetivo y objetivo. Subjetivo, pues facultan a los destinatarios para su invocación en aras de una efectiva tutela, y objetivo, porque son constitutivos de la propia esencia del Estado Constitucional⁷⁰. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español sostuvo que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Al propio tiempo, son elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de Derecho⁷¹.

pueden ser estudiados desde diversas perspectivas. Pueden ser vistos en cuanto derechos de todos, independiente del tiempo y del lugar (perspectiva filosófico o jusnaturalista); o considerados en un determinado tiempo y lugar, en un Estado concreto o en una comunidad de Estados (perspectiva constitucional o estatal) o entendidos como los derechos de todos en un cierto tiempo, en todos los lugares o en grandes regiones del mundo (perspectiva universalista o internacionalista).

⁶⁸ *Les dimensions internationales des droits de l'home*. Unesco, 1978, p.11.

⁶⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho...* cit., p. 50.

⁷⁰ CASTAN TOBEÑAS, José. *Los derechos del hombre*. Madrid: Reus, 1976, p.13.

⁷¹ STC 25/1981

En este contexto, se suele identificar que estos derechos están dotados de diversas características, como la imprescriptibilidad, la inalienabilidad, la irrenunciabilidad, la inviolabilidad, la universalidad, la efectividad, la interdependencia y la complementariedad. Afirma PÉREZ ROYO que hay elementos definitorios, comunes y presentes en todo y cualquier derecho fundamental, que pueden servir de orientación en la identificación de los aludidos derechos: la eficacia directa y la vinculación a todos los poderes públicos; la reserva de ley; el contenido esencial y control de constitucionalidad⁷². En efecto, la Constitución representa una unidad normativa, o sea, está formada por un todo coherente de principios y reglas con idéntica dignidad jerárquica. Los derechos fundamentales se integran en esa unidad, siendo particularmente relevantes las relaciones que mantienen con el principio del Estado democrático de Derecho. Aseguran, por un lado, el pluralismo, y legitiman el ejercicio democrático del poder, a través de derechos con obvias repercusiones políticas (libertad de expresión y derecho a la información, derecho de reunión y de manifestación, derecho de asociación) determinantes para el ejercicio de los propios derechos de participación política, y, por otro, delimitan la esfera de intervención del poder, al impedir su injerencia en el espacio individual que protegen, además de exigir que el Estado asegure las condiciones necesarias e indispensables para su efectivo ejercicio⁷³.

No obstante, procede recordar que los derechos fundamentales representan, primeramente, la expresión de una serie de valores comunes, consecuentes con una tradición humanista y jurídica, esencialmente europea y estadounidense. De ellos proviene una función legitimadora esencial para caracterizar la democracia en el Estado. La democracia, entendida como respeto del valor último de las personas, antes que como un proceso decisorio y deliberativo determinado⁷⁴. Los derechos fundamentales son reflejo o pueden ser entendidos como una emanación de las conquistas del derecho civil, es decir, tales derechos representan la positivación constitucional de anteriores derechos

⁷² PÉREZ ROYO, *op. cit.*, p. 277.

⁷³ CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005, p.54.

⁷⁴ URÍAS, Joaquín. “Los límites de las libertades de prensa y expresión en las democracias occidentales. Una perspectiva general y parcialmente comparada”. In www.personal.us.es/urias (10/01/2005).

civiles, conquistados en la medida que se valoraba al ser humano. Así, PAULO FERREIRA DA CUNHA defiende que los derechos fundamentales surgen en un contexto de dignidad humana, afirmando que, *hic et nunc*, presuponen la libertad y la responsabilidad, esto es, que no pueden concebirse sin que el ser humano sea simultáneamente libre y responsable⁷⁵. Los derechos fundamentales llegan a tener efectivamente su actual importancia normativa-funcional junto con las aspiraciones conquistadas por el principio de la dignidad de la persona humana, principalmente tras el período de entreguerras⁷⁶. Hoy en día, lo que identifica jurídicamente a los derechos fundamentales es su resistencia al legislador y su eficacia jurídica, pues la Constitución pretende, con tales instrumentos, crear un núcleo estable de aquello que debe considerarse decidido, estabilizado⁷⁷.

Sobre la evolución y características de los derechos fundamentales, se puede referir brevemente el boceto descriptivo expuesto por URÍAS, que explica que en Europa los derechos comenzaron a tener un valor y una eficacia jurídica propios especialmente para delimitar los ámbitos del ejecutivo y del legislativo en la Prusia de la segunda mitad del siglo XIX⁷⁸. En ese momento, lo que caracterizaba a los derechos fundamentales era justamente lo contrario que en la actualidad: la reserva de ley. Para evitar que el poder real pudiera entrometerse en el espacio ciudadano de la burguesía parlamentaria se decidió, entonces, que había materias reservadas exclusivamente a la ley. Esas materias serían esencialmente la libertad y la propiedad, ya que la sociedad burguesa vivía de la libertad económica y para ello era necesario evitar la interferencia del Estado en la vida económica y social, reduciendo sus funciones a las de velar por la seguridad pública. De este modo, se garantizaría la autonomía de la esfera privada y el respeto a la libertad y a

⁷⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais*. Lisboa: Editora Verbo, 2000, p. 250.

⁷⁶ Sin embargo, no se quiere afirmar que no había antes de este periodo derechos fundamentales, pero como ya he descrito anteriormente, la *fuerza normativa* de la Constitución los ha dotado de la fuerza jurídica necesaria para que empezasen a reclamar su verdadera eficacia.

⁷⁷ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional...*cit., p. 20.

⁷⁸ URÍAS, Joaquín. “Los límites de las libertades de prensa y expresión en las democracias... cit.

la propiedad de los individuos⁷⁹. El monarca, que no disfrutaba de una legitimidad democrática electiva directa, no podría decidir sobre ellas más que en consonancia con lo que determinara el Parlamento. Esto tenía que ser así porque en ese momento el Parlamento representaba el máximo reducto de poder representativo frente a los intentos autoritarios del poder real del *Ancien Régime*. Empero, cuando el Estado Liberal se va transformando en Estado democrático desaparecieron tanto los poderes ejecutivos del rey como los Parlamentos elegidos por voto censitario al servicio exclusivo de la burguesía. El nuevo modelo democrático que apareció en Europa en el período de entreguerras y se asentó tras la segunda guerra mundial, gracias a la ampliación del derecho de sufragio, permite que los derechos cobren un nuevo sentido. Ya no se trata de proteger las facultades propias de un Parlamento como expresión mínima de un régimen representativo, sino de asegurar el disfrute efectivo por todos los ciudadanos de unas libertades personales y colectivas mínimas. El riesgo no lo representaba ya el poder autocrático real, sino los excesos de unos representantes políticos en nombre de la mayoría de votos que los eligió. Por eso, los derechos fundamentales de la segunda mitad del siglo XX ya no protegen al Parlamento frente al Rey, sino a los ciudadanos frente al Parlamento.

Como se ha dicho, lo que caracteriza actualmente a un derecho como fundamental es su capacidad de resistencia al legislador. Los derechos fundamentales se consagran en la Constitución no sólo en cuanto expresiones de una declaración democrática de intenciones del Estado, sino como contenidos esenciales del ordenamiento jurídico que el Parlamento no puede reducir ni alterar⁸⁰. En el actual Estado democrático, la ley, en todo

⁷⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. “Os direitos fundamentais nas relações entre particulares” em *Separata do Boletim do Ministério, n. 5, Gabinete de Documentação e Direito Comparado*, Lisboa: 1981, p. 234.

⁸⁰ Estimo más sensata la idea de la Constitución como un *orden fundamental cualitativo* o sustantivo (que cuantitativo), pues este concepto abre la posibilidad de ser también considerada como un *orden marco*. Así se estaría delante de una Constitución, según la teoría de los principios de ALEXY, que ordena y prohíbe algunas materias, estableciendo de esta forma un marco, que también confía algunos asuntos a la discrecionalidad de los poderes públicos, dejando abiertos márgenes de acción y que mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad (ALEXY, R. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* (trad. Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios, Madrid, 2004, p.20-31).

caso, respetará el contenido de los derechos que tengan en la Constitución el carácter de fundamentales⁸¹. Dadas todas las notables y notadas características antes descritas, las Constituciones denominadas democráticas establecen en su texto la configuración de los derechos fundamentales. Existe para estos una sistemática aplicable, regida por los principios de universalidad, de igualdad, de protección jurídica y de interpretación e integración de acuerdo con la dignidad de la persona humana. Los textos constitucionales disponen que los derechos fundamentales no son susceptibles de suspensión, exceptuados algunos casos, indican la responsabilidad estatal en el caso de su vulneración, y los cualifican como límites materiales a la revisión constitucional.

Hoy día, la doctrina suele clasificar los derechos fundamentales en tres generaciones o dimensiones⁸², basándose en las transformaciones en el contenido, en la titularidad, en la eficacia⁸³, siguiendo el orden histórico y cronológico en que fueron institucionalmente reconocidos⁸⁴. Los derechos fundamentales de primera generación son los *derechos individuales (derechos de defensa)* conquistados tras⁸⁵ las Revoluciones de

⁸¹ Se trata de algo que aparecía ya expresamente formulado en la primera enmienda a la Constitución de los EE.UU. de América: “El Congreso no aprobará ninguna ley contraria a la libertad de prensa”.

⁸² Algunos autores defienden la expresión “dimensión”, pues el término generación confiere idea de alternancia, lo que puede parecer que un derecho de una generación sustituye al otro, cuando en realidad se complementan. Vid: BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

⁸³ PÉREZ LUÑO, A-E. “Las generaciones de derechos fundamentales” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º. 10, 1991, p. 203-217.

⁸⁴ Conviene resaltar la teoría de los cuatro *status* defendida por Giorgio JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici subbiectivi*; traducción italiana riveduta dall'autore della seconda edizione tedesca con note dell'avv. Gaetano Vitagliano e prefazione del prof. Vittorio Emanuele Orlando. Milano: Società Editrice Libreria, 1912): la primera sería la subordinación del individuo al Estado, corroborando los deberes individuales y corresponde al *status subiectionis* pasivo. En un segundo momento se revela el valor de la persona humana, limitándose el poder estatal por los ciudadanos. Una esfera que excluye el *imperium*, una libertad individual que erige el *status negativus* o *status libertatis*. La tercera relación indica que el Estado debe realizar sus intereses con fundamento en el ciudadano, ofreciendo prestaciones estatales a los individuos, el *status civitatis*. La cuarta y última etapa corresponde a la participación popular en la formación política del Estado, el *status activae civitatis*.

⁸⁵ Se apunta como el embrión de los derechos fundamentales de primera generación los derechos incluidos en el Pacto entre el rey Juan Sin Terra, los obispos y los barones ingleses. Este pacto llevó a la elaboración de la *Magna Charta Libertatum* en 1215, la cual confería regalías y privilegios a los nobles ingleses y a los señores feudales, positivando algunas garantías como derechos y libertades civiles, por ejemplo el *habeas corpus*. Otros textos como la *Petition of Rights*, de 1628 y el *Bill of Rights*, de 1689, repitieron y ampliaron los derechos.

1776 (E.E.U.U.) y de 1789 (Francia)⁸⁶, que intentaban dar aplicabilidad a las ideas revolucionarias para llevar a cabo la creación de un verdadero Estado de Derecho. En un primer momento fueron reconocidos por los ordenamientos jurídicos los derechos civiles destinados a garantizar la vida, libertad y propiedad; corroborando la existencia de un Estado Liberal. De hecho, como reflejo de la característica sobresaliente de este Estado (el absentismo estatal), los derechos de primera generación son los que imponen, en general al Estado, pero también a los particulares, una abstención, es decir, un no-hacer, un orden general que se constituía sobre el respeto a la esfera particular, individual, de los seres humanos. Nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales⁸⁷. Aquí reside la tesis de la distinción doctrinal del *nomen iuris* entre lo que es derecho fundamental y lo que es libertad pública. Como bien explica GOMES CANOTILHO se suele hacer una distinción que se fundamenta en la posición jurídica del ciudadano, titular de los derechos, de un lado, y la del Estado, por otro⁸⁸. Las libertades corresponderían al *status negativus*, y se ocupan de defender al ciudadano contra la injerencia del Estado. En cambio, los derechos concernirían o al *status activus* o al *status positivus* que, respectivamente, insertan al ciudadano como elemento activo de la vida política y garantizan las prestaciones necesarias para el pleno desarrollo de la existencia individual. Los *derechos*, pues, de acuerdo con esta distinción terminológica, se concretan con el surgimiento de la segunda generación y están anudados a la génesis del Estado Social, relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales. Estaban basados en los principios que garantizaban las prestaciones positivas, reales y

⁸⁶ Indica HÄBERLE (Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional* ... cit., p.39-40) los temas que se asocian a la Revolución Francesa: a) La Asamblea Nacional francesa se proclama Asamblea Nacional constituyente en nombre de la soberanía popular; b) proclamación de los derechos del hombre y del ciudadano como programa de una vocación cívica universal, autonomía y emancipación de la persona; c) nacionalización del patrimonio de la Iglesia, constitución civil del clero; d) suspensión del orden feudal-estamental, erección de la sociedad de ciudadanos y del mundo político moderno, formulación de los postulados de la Ilustración; d) derecho de autodeterminación de los pueblos; e) potestad legislativa y fiscal del Parlamento; f) igualdad del ciudadano ante la Ley, igualdad de sufragio, igualdad impositiva en función de la riqueza; g) supresión de los privilegios de nacimiento y honor (y con ello de la nobleza); h) Constitución escrita representativa de 1791, dominio de la burguesía propietaria e ilustrada; i) Estado nacional como unidad de pueblo, Estado, nación.

⁸⁷ Como resalta CARL SCHMIT, citado por PAULO FERREIRA DA CUNHA (*op. cit.* p. 252), de una manera general, se puede afirmar que el rasgo dominante del Estado burgués descansa en la libertad individual y en la separación de poderes.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina: Coimbra, 2003, p. 395.

concretas, acentuándose el principio de Igualdad antes aludido. Son, pues, los posteriores a la conquista de las *libertades públicas* y se proponen a completar una democracia formal reflejada en constituciones formales, consideradas como *leyes inatacables*. En efecto, la distinción entre ambas generaciones de derechos se hace evidente, pues en la primera los derechos humanos se consideran como derechos de defensa de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa. En la segunda, se caracterizan como derechos de participación, que requieren una política activa de los poderes políticos orientada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos, correspondientes a los derechos económicos, sociales y culturales⁸⁹. En este contexto, la Constitución mexicana de 1917 y la de Weimar de 1919 fueron las primeras en insertar en sus textos constitucionales, en relación con los ya positivados derechos individuales, los derechos sociales, como la protección a familia, el derecho a la educación y el derecho al trabajo⁹⁰. Así, fueron redactados los artículos 151 y 153 de la Constitución de Weimar que determinaban, respectivamente, la necesidad de que la economía respondiera a principios de justicia, aspirando a asegurar a todos una existencia digna, y la función social de la propiedad privada, con la innovación del derecho de expropiación por razones de utilidad pública. En la misma línea, constituciones posteriores (las francesas de 1946 y 1958; la italiana de 1947; la posterior alemana de 1949) incorporaron en sus textos no solamente los derechos civiles y políticos ya antes incluidos sino también los derechos sociales. La Declaración Universal de Derechos

⁸⁹ PÉREZ LUÑO, (Antonio-Enrique. “Intimidación y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data” en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 36-45) expone que “esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho”. Es oportuno mencionar que en esta generación son conquistados el derecho a la enseñanza pública y gratuita, amparo a la invalidez y a los ancianos, seguridad social, trabajo y derechos laborales, derecho a la salud y otros. Se confirmaba la superación del Estado Liberal de Derecho por el Estado Social de Derecho (*État Providence* o *Welfare State*)”.

⁹⁰ PÉREZ LUÑO, (*Derechos Humanos...* cit, p. 124) afirma que la Constitución Mexicana de 1917 puede considerarse el primer intento de conciliar los derechos de libertad con la nueva concepción de los derechos sociales, y ha ejercido notable influencia en las constituciones posteriores de América Latina.

Humanos, de 10 de diciembre de 1948, reconoce a todos los seres humanos, en el artículo 22, el derecho a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad⁹¹.

Siguiendo este razonamiento, los derechos de tercera generación consagran, pues, el Estado constitucional, resaltando los derechos de participación de los ciudadanos en la vida política de la nación en un patente intento de instrumentalizar la eficacia y conferir legitimidad al Estado, con la elaboración de *constituciones normativas*, además de institucionalizarse la justicia constitucional⁹². En esta generación emergen también algunos derechos difusos, que atienden a intereses que pertenecen a la humanidad, es decir, que asisten al género humano⁹³. Pueden ser ejemplos de algunos de dichos derechos⁹⁴ el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad y otros más⁹⁵. Se incluyen, igualmente, en esta categoría aquellos derechos que pretenden satisfacer necesidades que las transformaciones tecnológicas de la sociedad postindustrial ponen de manifiesto y que se proponen a proteger la ecología, el medio ambiente, el ser humano visto como consumidor y otros⁹⁶.

⁹¹“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

⁹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 73 y ss.

⁹³ En este sentido se pronuncia reiteradamente el *Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Como ejemplo el juzgado ADI n.º 3.540-MC/DF, en el cual el Alto Órgano de Brasil aduce que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina”.

⁹⁴ ARA PINILLA, Ignacio. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 133.

⁹⁵ En el mismo sentido: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 569.

⁹⁶ Cabe mencionar que, generalmente, tales derechos no contienen una precisión con relación a sus titulares individualizados, pues por sus características tienen una elevada abstracción. No obstante, no se ha de entender que el ejercicio concreto de los mencionados derechos por una persona es inaplicable o ineficaz. Es necesario tener en cuenta las nuevas necesidades de adaptación de los derechos individuales a las

Ahora bien, se ha de extraer de esta reflexión que las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, sino que, en ocasiones, expresan la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, supone la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados⁹⁷. De este modo, lo que se constata es una interrelación entre los derechos fundamentales conquistados en esas etapas históricas que convergen con la idea de la dignidad de la persona humana. Es decir, los valores jurídicos particulares de la Constitución no están contrapuestos ni aislados; se reenvían, por el contrario, el uno al otro, y se hallan insertos en un contexto inmanente. En cada parte se refleja el todo, del cual forma el elemento constitutivo e integrante⁹⁸. En efecto, dada la evolución histórica, en gran parte resultante de las transformaciones tecnológicas y consiguientes alteraciones sociales, no se deben circunscribir los derechos a un tratamiento jurídico inflexible cuando se invocan los derechos fundamentales. En la medida en que la sociedad cambia, para mejor o peor, cambian las expectativas en relación al Estado. En consecuencia, se alteran las formas y teorías jurídicas para la adaptación a este cambio. Por ello, esta inserción en la Constitución de los derechos fundamentales no significa una mera formalización de dichos derechos. Al revés, con la positivación, cualquier individuo (materializando la Igualdad) podrá exigir la tutela estatal para la concreción de la democracia, porque el Derecho Constitucional debe dialogar con una realidad en la que los titulares de los derechos fundamentales no sean excluidos, en principio, de la participación en la vida social⁹⁹. Si se restringe irrazonablemente el ejercicio de tales derechos, se estaría afectando al núcleo de la igualdad y de la libertad constitucionales y, por consiguiente, de

exigencias del género humano. Pienso que la solución de este problema podría ser abordada, teniendo en cuenta la perspectiva desde la cual se examina la titularidad. Tales derechos pueden ser invocados tanto por órganos que tienen la legitimación para defender el interés público, como el Ministerio Público, como también puede ser titular el individuo afectado por un daño al medio ambiente, siendo individualizada y pormenorizada, seguramente, la demanda. No se sustituyen los derechos individuales, sino que se añaden otros que provienen de las exigencias sociales.

⁹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos...*cit, p. 42.

⁹⁸ HÄBERLE, Peter. *La libertad Fundamental en el Estado Constitucional...*cit, p.58

⁹⁹ STC 107/1984

los derechos fundamentales. Ello pondría en duda la propia existencia del Estado y de la Constitución, puesto que la sociedad está, también, esencialmente interesada en el actuar en libertad del individuo. Por ello se dice que los derechos fundamentales no sólo garantizan la libertad del Estado, sino también la libertad en el Estado¹⁰⁰.

Teniendo en cuenta esta línea de planteamiento, se argumenta la existencia de una doble vinculación del legislador a los derechos fundamentales, una vinculación negativa (subjctiva), la cual prohíbe que el legislador autorice cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté constitucionalmente fundamentada (concepción liberal que consagra los derechos de defensa como límites) y una vinculación positiva (objetiva), que en realidad representa un mandato para que se logre que se desplieguen plenamente su eficacia¹⁰¹. Por todo ello, estimo pertinente la idea de que los derechos fundamentales tienen esta característica de *institucionales* para el Estado Democrático, pues se revelan como el “fundamento funcional” de la democracia, invariablemente necesarios para su pleno desarrollo¹⁰². Explica HÄBERLE que la libertad individual reclama relaciones vitales garantizadas institucionalmente a través de la dimensión institucional de los derechos fundamentales, y por los complejos normativos que componen a éstos. Dichos complejos normativos les confieren orientación, medida, seguridad, protección, contenido y tareas a los derechos fundamentales. La potencialidad dinámica del individuo resultaría ineficaz sin tales complejos normativos, pues se radicaría en espacios jurídicamente vacíos. La libertad individual requiere, por tanto, regulaciones objetivas, en las que pueda sostenerse, reafirmarse y desarrollarse. Con ello se justifica la concepción de la dimensión institucional de los derechos fundamentales como fortalecimiento, no como fuente de riesgo para los derechos individuales¹⁰³. Ahí reside el fundamento del doble carácter de los derechos fundamentales¹⁰⁴. Son derechos subjetivos, derechos de los

¹⁰⁰ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*:...cit, p. 19-20.

¹⁰¹ MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid, 1996, *passim*.

¹⁰² HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*:...cit, p. 20.

¹⁰³ *Íd.* p. 99. Sigue el autor (p.103) en esta línea afirmando que el concepto de estabilidad es inmanente a lo institucional.

¹⁰⁴ Prefiere HÄBERLE, (*íd.*, p. 73) referirse a la dimensión jurídico-individual y a la dimensión institucional. En este sentido REBELO (María da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela*

individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales, garantías jurídico-constitucionales, por tanto objetivos, de un ordenamiento constitucional, en cuanto éste se configura como marco de una convivencia justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y más tarde en el Estado Social y Democrático de Derecho¹⁰⁵. Como plantea VIEIRA DE ANDRADE la vertiente objetiva de los preceptos relativos a los derechos fundamentales sugiere que éstos no pueden ser pensados exclusivamente desde el punto de vista de los individuos, en cuanto posiciones jurídicas de que son titulares ante el Estado¹⁰⁶. Antes bien, valen asimismo jurídicamente desde el punto de vista de la comunidad, como valores o fines que ésta se propone realizar, en gran medida a través de la acción estatal. No obstante, esta “función social” de los derechos fundamentales lleva consigo, obviamente, que se tenga bien presente la vinculación que subsiste entre el concepto de libertad y el concepto de función social. Tales conceptos no se contraponen, sino que se envuelven en una relación dialéctico-estructural. La libertad constitucional debe poseer un matiz social, en cuanto que la función social debe ser flexible para que el ciudadano respire su libertad. Ambos aspectos, el de derecho individual y el institucional, constituyen, en su conjunto, el “derecho fundamental”¹⁰⁷. En efecto, ello se justifica porque el sentido de los derechos fundamentales es garantizar un curso vital con libertad, en el que cada uno contribuye, de hecho, según corresponda a su contexto social¹⁰⁸. Se ha

informação transmitida pela televisão. Lisboa: Lex, 1998, p.30) aduce que “Os direitos fundamentais têm duplo carácter: são direitos de liberdade individual oponíveis aos poderes públicos e aos demais cidadãos e, por outro, são direitos objetivos que informam a ordem social e a convivência democrática”.

¹⁰⁵ El Tribunal Constitucional español, en líneas generales, objetivó el concepto de los derechos fundamentales, sosteniendo que responden a un sistema de valores de alcance universal que han de informar todo el ordenamiento jurídico español. Esos derechos forman parte del sistema axiológico y constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico. En esta línea, se analizan dichos derechos no sólo desde el punto de vista subjetivo, sino desde el sustento del Estado constitucional democrático, cumpliendo funciones estructurales para los principios conformadores de la Constitución. La dignidad de la persona es puesta en primer rango, constituyendo un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar. Las normas constitucionales en este radio no son sólo programas sino que operan de modo vinculante, sin tener que esperarse la acción del legislador para su efectiva vigencia. Además, esa eficacia se extiende a las relaciones particulares, o *interprivatos* (STC 25/1981).

¹⁰⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa...cit.*, p.111.

¹⁰⁷ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales... cit.*, p.74.

¹⁰⁸ *Íd.* p.18.

de resaltar, pues, que de la apertura material del carácter subjetivo-individual resulta la existencia de varias posibilidades de manifestación de derechos fundamentales, lo que en otras palabras quiere decir que los catálogos que positivaron los derechos fundamentales en la Constitución no representan una lista cerrada. Esto es así porque los derechos fundamentales son principios que resumen la concepción del mundo e informan la ideología político-jurídica de cada ordenamiento constitucional. Por ello, se constata actualmente que los textos constitucionales democráticos prevén los mínimos (y no los máximos) derechos fundamentales para la formación (y conformación) del Estado, no excluyendo, pues, la posibilidad de incorporación de ulteriores derechos¹⁰⁹.

Ahora bien, después de esta somera referencia al valor y a la relevancia de los derechos fundamentales, es necesario aludir a la relación que existe entre éstos y los derechos de la personalidad, cuestión concreta que se vincula al tema de este trabajo. La digresión teórica que puede suscitar más dudas es la polémica doctrinal que discutía si los derechos de la personalidad son o no derechos fundamentales. Hay autores que intentan deslindar una y otra categoría de derechos, separándolos, por entender que sus ámbitos de aplicación y eficacia jurídica son diversos. Otros consideran que los derechos de la personalidad han sido positivados como derechos fundamentales, pero no defienden una equiparación total de ambas categorías, por no entender que todos los derechos fundamentales son derechos de la personalidad o por sostener que no todos los derechos de la personalidad han sido constitucionalizados. Otra corriente sustenta que hay correspondencia entre ellos. Surgió, en este contexto, la tesis que intentaba restringir la creación de nuevos derechos fundamentales, pues se sostenía que cuanto más se multiplique la nómina de los aludidos derechos, menos fuerza tendrán como exigencias impuestas al Estado, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente. Del mismo modo, esta teoría empezó a cuestionar que el campo de actuación de los derechos fundamentales se centrara en el ámbito del derecho público y que a los derechos de la personalidad se

¹⁰⁹ Es que de aquí que se interpretan los derechos fundamentales atípicos, en las palabras de GOUVEIA (Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Aequitas Editorial Notícias: Lisboa, 1995).

reservara la protección del derecho privado¹¹⁰. Se han formulado objeciones a esta afirmación. Intentaré profundizar en las principales.

Es incuestionable afirmar que la progresiva expansión de las libertades en el seno del Estado Social y Democrático reclamó un conjunto de nuevas respuestas ante los nuevos interrogantes sociales y sus correspondientes exigencias jurídicas. Si bien seguían vigentes las mismas premisas éticas, que permitían todavía extraer de ellas conclusiones aptas para responder a los nuevos desafíos, ello no puede impedir que se eleve al rango de derecho humano o fundamental una nueva necesidad de la persona humana, que implique una nueva tutela jurídica. De otra parte, hay que reconocer que la distinción entre derecho público y derecho privado ha sido relevante para la delimitación de los espacios de intervención del Estado y los espacios de la actuación privada en la época del Estado Liberal, con la finalidad de reducir los abusos del absolutismo. Sin embargo, en la actualidad esta diferenciación ha perdido gradualmente su fuerza, pues la frontera entre lo público y lo privado ha sido históricamente muy variable¹¹¹. La discusión sobre la separación entre el derecho público y el derecho privado descansaba en varios criterios de distinción, siendo el principal el *interés*¹¹². El derecho público tenía como objeto el interés público, entendido éste como el interés general de la sociedad ora confundido con el interés estatal. El derecho privado se dedicaría, pues, a tutelar el interés particular del individuo o los intereses individuales de los miembros de la sociedad, considerados aisladamente. Otro criterio utilizado era del sujeto de la relación jurídica, esto es, si fuera el Estado o la colectividad, se invocaría el derecho público; si fuese el particular, tendría

¹¹⁰ El origen de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, como alega GUTIERREZ Y GONZALEZ (E. *El Patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*. Editorial Porrúa S. A., México, 1995, p. 9), se atribuye al pensamiento de Ulpiano, que sostenía que: *publicum ius et, quod statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*: El derecho público es el que mira hacia las cosas públicas de Roma, y el Derecho Privado a las cosas de interés individual.

¹¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. I, Introdução as Pessoas, Os bens. Coimbra Editora: Coimbra, 1997, p.12.

¹¹² Explica HESSE (Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (trad. Ignacio Gutiérrez Guitiérrez). Editorial Civitas: Madrid, 1995, p.34) que actualmente el Derecho Constitucional puede asumir una función de guía, conduciendo a una nueva configuración del Derecho, sea promoviendo modificaciones inmediatas, sea estableciendo mandatos obligatorios al legislador para tal labor o imponiendo directrices e impulsos para la configuración del Derecho Privado. No obstante, el Derecho Constitucional puede limitarse a una función preservadora, protegiendo el Derecho Privado existente frente a la suspensión y a la modificación por el legislador.

que aplicarse el derecho privado. No obstante, con el surgimiento del Estado del Bienestar Social, y el reconocimiento de nuevos derechos, se hizo más difícil la distinción entre las dos ramas del Derecho, cuando se acudía a un análisis de la posición jurídica de los derechos de la personalidad. El fenómeno constitucional otorgó a la persona una amplia y general protección de su personalidad frente a cualquier modalidad de vulneración, no diferenciando su origen, es decir, si la lesión proviene del poder público o de un particular¹¹³. Los derechos de la personalidad inicialmente clasificados como derechos subjetivos privados, cuando se constitucionalizan como derechos fundamentales, y adquieren rango constitucional, pasan a tener esta naturaleza jurídica.

En esta línea, la actuación de la norma internacional de las Declaraciones de Derechos Humanos, conjugada con la auto-aplicabilidad de la norma constitucional, permitieron superar la dicotomía entre el derecho público y el derecho privado en este aspecto, y eliminar la supuesta necesaria positivación de los derechos de la personalidad en cerrados tipos legales. En efecto, la concepción predominante, tanto jurisprudencial como doctrinal, ha cambiado, confirmando así que el derecho privado tiene por objeto, de forma inmediata, la realización del interés individual, y, mediatamente, el interés público. En cambio, cuando se refiere al derecho público, al revés, el interés público es el fin inmediato, y, el interés individual, el mediato¹¹⁴. Esta parece ser la orientación actual para

¹¹³ Con la ya comentada y consecuente constitucionalización del derecho civil.

¹¹⁴ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (José. *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*. Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública de José Beltrán Heredia y Castaño el día 29 de marzo. Santander: Bedia [s.n.], 1976, p. 71) sustenta que la clásica distinción entre lo público y lo privado demuestra que tiene un valor relativo insuficiente para discernir el carácter de las instituciones jurídicas, pues los distintos tipos de intereses no son ni contrapuestos ni incompatibles, a causa de que hoy día es prácticamente imposible encontrar algo puramente individualista que no interese a la sociedad y al Estado, por lo que éstos deban sentirse interesados, y algo, por otra parte, estrictamente colectivo, público, social, por el que no tenga el individuo el derecho e incluso el deber de sentirse interesado. GUTIERREZ Y GONZALEZ (E. *El Patrimonio... cit.*, p. 10 y ss) describe algunos motivos que no justifican ya la separación entre derecho público y derecho privado. Afirma que la esencia de todo el Derecho es regular conductas de seres humanos en un grupo, en una colectividad. Tanto el Derecho llamado público, como el privado tienen esta característica. Los dos emanan del Estado. El Derecho Público siempre se ocupa, y sólo se ocupa, de las relaciones entre la persona Estado y las personas físicas y otras personas morales, y del poder que ejerce el Estado respecto de las cosas que son de su propiedad, o que posee. Por otro lado, el Derecho Privado se ocupa de relaciones entre personas ya físicas, ya morales, incluido el Estado, y del poder jurídico que éstas ejercen sobre las cosas que son de su propiedad o que poseen. El Derecho siempre tiene una misma fuente: lo crea el que ejerce un poder mayor que las otras personas dentro del grupo. Tanto el Derecho Público como el Derecho

el problema del entrecruzamiento esencial en que se hallan el individuo y la sociedad, pues, en realidad, lo que se contempla en el Estado Constitucional es una relación de complementariedad entre el derecho público y el derecho privado, pues existe un derecho unitario, creado por una única instancia o reconducible a una única instancia¹¹⁵.

Ahora bien, es innegable que cuando se hace referencia a los derechos fundamentales surja la idea de “público” y cuando se alude a los derechos de la

Privado tienen el mismo origen: la actividad estatal, que rige el poder conferido por la sociedad. La existencia del Derecho realmente privado sólo es reconocible dentro de las relaciones familiares, cuando se elaboran normas conforme a las cuales se va a regir la vida interior de su casa, en donde no rigen las normas del Estado. En la opinión del autor, son las únicas hechas por y para los particulares. Sin embargo, esas normas privadas que regulan las relaciones familiares no pueden tampoco establecerse, si vulneran el Derecho que crea el Estado. El Estado después de crear el Derecho para los gobernados, a más de determinar su aplicación para él, también establece otras normas que lo van a autosujetar al propio Derecho, pues él como persona que es, también se debe regir por normas jurídicas. Tanto las normas que se crean por el Estado para regir al propio Estado, derecho público, como las que crea para regular la vida de los particulares, derecho privado, comparten por ello la misma esencia. Concluye que tienen ambos la misma finalidad, la misma fuente, la misma raíz, y por ello no se puede decir que forman una categoría jurídica diferente. Si todo el Derecho lo hace el Estado, carece de sentido aplicarle el calificativo de público o de privado a cada uno de los conjuntos de normas que aquél emite. Si se quiere decir que el Derecho al ser emitido por el Estado es público, entonces todo es derecho público, tanto el calificado estrictamente de público, como el que se califica de privado, y por ello si todo es público, al no haber especies, se torna incongruente el adjetivo calificativo de privado o de público. En este punto el citado autor dice “No hay Derecho público, ni Derecho privado, todo es simplemente Derecho. Una relación entre superior e inferior es muy fácil de desvirtuar. Admitir que el Derecho público es la relación entre un sujeto superior y uno inferior, siendo el superior el Estado, llevaría de nuevo a la teoría de la doble personalidad del Estado, ya que cuando el Estado realiza un acto al amparo del Código Civil, acto que se estima de Derecho privado, estaría actuando como inferior, con una personalidad de Derecho Privado, y en cambio cuando aplicara la ley administrativa, estaría actuando como superior con una personalidad de Derecho público, y ello es totalmente falso, pues la personalidad es una, y no doble”. Termina la defensa de la superación de la distinción entre público y privado aduciendo que el derecho público y el privado son dos especies del mismo género. En el privado, donde la regla jurídica se ocupa en primer lugar de los intereses del individuo, debe el Derecho esforzarse en conseguir el bien público, y en el Derecho público, donde en término tiene que atenerse al todo, debe tener en cuenta al individuo y es a esto a lo que Gierke designa como el principio de la unidad real del derecho. La teoría de la doble personalidad del Estado sostiene la existencia de una personalidad de derecho público y otra de derecho privado: la primera como titular del derecho subjetivo de soberanía, la segunda como titular de derechos y obligaciones de carácter patrimonial. Pero esta teoría sólo sería admisible en el caso de que se demostrara la duplicidad de finalidades u objetivos del Estado”. Se ha de percibir que el examen de la distinción entre derecho público y derecho privado puede ser visto en dos aspectos. El primero se detiene en el origen de quien hace el Derecho y la fuerza jurídica que de ahí emana. El otro se centra en los destinatarios, es decir, a quiénes van dirigidas las normas. Con las privatizaciones y consiguiente cambio de modelo gerencial que tuvieron las antiguas empresas estatales en los países que tienen el capitalismo como régimen económico, se aseveró la dificultad de distinguir esta dicotomía entre el derecho público y el derecho privado.

¹¹⁵ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado...* cit., p.81.

personalidad se piense en “privado”¹¹⁶. No obstante la falta de un criterio fiable y satisfactorio que distinga esas dos vertientes del Derecho¹¹⁷, aunque que se afirme que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos públicos¹¹⁸, se ha de resaltar, sin embargo, que el Estado ha de permitir que haya un ámbito en el cual incida exclusivamente el principio de la autonomía privada, entendida como la posibilidad de que los sujetos jurídico-privados gobiernen libremente su esfera jurídica, conformando sus relaciones jurídicas y ejerciendo las posiciones activas reconocidas por el ordenamiento jurídico¹¹⁹. En las situaciones en que el interés público y el interés privado son realmente distintos – e incluso contrapuestos – la división entre derecho público y

¹¹⁶ Quizá por eso se habla de “derechos públicos de la personalidad”, los cuales serían los derechos inherentes a la persona humana, tutelados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Tienen por objetivo la defensa y la protección del individuo de los actos practicados por el Estado, así como la defensa de la sociedad como un todo contra las vulneraciones cometidas por particulares. Los derechos privados de la personalidad son los derechos inherentes a la persona humana, es decir, los aspectos privados de la personalidad. En realidad, son los mismos derechos públicos vistos en las relaciones privadas, regulando la protección del individuo frente a los daños practicados por otro particular.

¹¹⁷ Otro autor que explica esta dificultad es MALUQUER DE MOTES BERNET (Carlos J. *Codificación, persona y negocio jurídico*. Editorial Bosch, Barcelona: 2003, p. 16 y ss) que sustenta que actualmente, esta distinción se encuentra confusa, pues identifica excesivamente el derecho público con el derecho imperativo, y el derecho privado con el derecho dispositivo; en realidad el derecho privado no está formado íntegramente por derecho dispositivo, sino que también comprende un gran número de normas que se imponen a los particulares. Hay materias en las cuales vigoran normas de ambas tipologías. Las normas de derecho privado tienen un contenido relacionado preferentemente con la regulación de los intereses o las relaciones entre particulares, y no ejercen funciones de carácter público; sus instituciones o entidades tampoco tienen la consideración de órganos públicos. El derecho privado general se caracteriza porque comprende un conjunto de normas que concurren con otras de ámbito más limitado, la especialidad de las cuales se determina por la razón de que tratan. De otra parte el derecho privado especial se basa en una consideración de la persona más estricta, más reducida, más específica, respecto a la generalidad del derecho civil o del derecho privado general, que nunca concreta el ámbito de aplicación de sus normas por la presencia de circunstancias personales u objetivas determinadas. Defiende que el derecho civil, por su condición de derecho privado general, es considerado como derecho supletorio de los restantes derechos privados especiales. El derecho privado especial tiene: a) insuficiencia normativa, con carácter institucional; b) independencia. El derecho civil o materia civil está presidido por el principio de “autonomía de la voluntad”, que representa no solamente la libertad de los particulares en la regulación de sus propios intereses, sino también que un número importante de normas tenga un carácter dispositivo por el hecho de tener una finalidad supletoria respecto de la voluntad de las partes, ya que éstas pueden establecer una regla que sustituya una norma dispositiva y que regule sus intereses de la manera más conveniente.

¹¹⁸ Plantea JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p.234) que la concepción de los derechos públicos subjetivos no es sino la trasposición a la esfera del Derecho público de la noción de derecho subjetivo acuñada en el Derecho privado.

¹¹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa...,cit.*, p.236.

derecho privado, más que útil, será necesaria, pues querer que el individuo, en su vida particular, no se rija por intereses individuales sino públicos, sería transformar la autonomía privada en un poder-función. La personalidad de la persona sería socializada, no comprometida con su individualidad, afectando su derecho a la diferencia¹²⁰. En otras palabras, la concepción “funcional” (HÄBERLE) de los derechos fundamentales no puede desarrollarse con menoscabo de su significado de tutela del individuo, pues tales derechos no están garantizados sólo para alcanzar un “resultado global”, sino que también están garantizados en determinados sectores de la vida para permitir el pleno desarrollo de la *personalidad individual*. Los derechos fundamentales son, en este sentido, la garantía dada a la colectividad, componentes del orden público y representan, a la vez, una protección de bienes jurídicos para el individuo. Advierte el citado autor de que un realce unilateral de la función social de los derechos fundamentales sería establecer al individuo como “funcionario” o “destinatario”, o bien reducir el ejercicio individual de los derechos fundamentales a un hacer organicista¹²¹. Es de imprescindible relevancia, por tanto, una fórmula democrática que permita un amplio margen de actuación a la autonomía privada, garantizando la libertad general de la persona, y, en particular, en el aspecto específico de la libertad jurídica en la que se incluyen los derechos de la personalidad¹²². El reconocimiento de la dignidad humana como valor supremo de la ordenación constitucional democrática implica una definición de una última e inviolable área de libertad personal, un espacio en el cual la persona puede representarse y actuar con plena autonomía¹²³. Así, es ineludible razonar que del principio democrático emerge la exigencia de que se conceda la máxima eficacia a la autonomía privada - lo que no quiere decir que esta sea ilimitada o que esté por encima del orden público - , principalmente, cuando se relaciona con a los derechos de la personalidad. Por todo ello, no es coherente examinar tales derechos dentro de un contexto de una extrema funcionalización, so pena de crear contradicciones en las que se

¹²⁰ Como explica ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES (*op. cit.*, p. 91).

¹²¹ HÄBERLE, Peter. *La libertad Fundamental en el Estado Constitucional...* cit, 1997. p.63.

¹²² PINTO, Paulo Mota. “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade” em: *Portugal-Brasil ano 2000*, Coimbra Editora, 1999, p.214.

¹²³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996 p. 29.

establezca el uso de la persona como medio, y no como fin, yendo en contra de toda la evolución jusfilosófica que ha alcanzado la Humanidad.

Sin embargo, se podría plantear que la principal resistencia a la conformación de los derechos de personalidad como efectivos derechos fundamentales se basa en la eficacia jurídica de estos derechos en las relaciones entre particulares. Según la tradicional concepción de eficacia de los derechos fundamentales, tales derechos fueron reconocidos y dirigidos exclusivamente contra el Estado. La vinculación del Estado a los derechos fundamentales se consolidó con la sujeción del mismo y de sus leyes a la Constitución. Esta subordinación del Estado exigió un total efecto vinculante, pues irradia su campo de actuación en todos los ámbitos funcionales de los sujetos públicos, y es independiente de la forma jurídica a través de la cual los poderes públicos, en todas sus manifestaciones, ejecutan sus actos o desarrollan sus actividades. En otras palabras, es total la vinculación de las entidades públicas a la protección de los derechos fundamentales, sea desde una perspectiva funcional o desde una comprensión formal organizadora¹²⁴. Empero, tras la segunda post-guerra surgieron propuestas que defendían la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, afirmando la llamada eficacia horizontal y, por consiguiente, una nueva forma de analizar esas relaciones. Las respuestas clásicas a esta cuestión conducen a dos teorías que se ocuparon de debatir el tema¹²⁵. La teoría de la eficacia directa (inmediata), de Hans Carl NIPPERDEY, completada por Walter LEISNER, en síntesis, razona que la posibilidad de una vinculación directa de los particulares a los derechos fundamentales encuentra respaldo en el argumento de que los derechos fundamentales constituyen normas que expresan valores aplicables a todo el ordenamiento jurídico, y en el de la *fuera normativa* de la Constitución¹²⁶. No podría aceptarse, pues, que el Derecho Privado se

¹²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* cit., p. 439.

¹²⁵ Advierte CANARIS (Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Almedina: Coimbra, 2003, p.54) que ha de hacerse una inicial e importante distinción antes de que se discuta este problema: hay que distinguir entre la eficacia inmediata en relación a terceros y la inmediata vigencia de los derechos fundamentales.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais" em *A Constituição Concretizada: construindo*

quedara a margen de la Constitución. Se sostiene, de este modo, la existencia de una eficacia absoluta de los derechos fundamentales en la relación entre particulares. La teoría de la eficacia indirecta (mediata) plantea que la obligación de respetar los derechos fundamentales *inter privatos* necesitaría de la *interpositio legislatoris* para adquirir su plena eficacia¹²⁷. El legislador estaría obligado a conformar las referidas relaciones, teniendo en cuenta los principios materiales positivados en las normas de derecho, libertades y garantías¹²⁸. Se planteó posteriormente la *teoría de los deberes de protección de los derechos fundamentales* que, en realidad, se relaciona con la concepción de la dimensión objetiva de tales derechos. Esta dimensión no se reduce a los derechos de defensa, que imponen prohibiciones, sino que también exige una función protectora, un imperativo de tutela, imponiendo deberes de protección al Estado¹²⁹. En su función de defensa, los derechos fundamentales imponen límites negativos a los poderes públicos y, a la vez, reclaman deberes de protección, obligando al Estado a intervenir, aunque la agresión provenga de otros particulares. Esta tesis se basa, pues, en la afirmación de que

pontes com o público e o privado, Ingo Wolfgang SARLET (org.). Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2000 p.107-163.

¹²⁷ Normalmente relacionada con una ideología liberal-individual.

¹²⁸ Varios autores se inclinaron por esta tesis. Afirmaba GÜNTHER DÜRIG que los derechos fundamentales son parte de un orden de valores objetivos, con reflejos en el ordenamiento jurídico. La eficacia inmediata de los derechos fundamentales en la relación entre particulares generaría una desproporcional injerencia del Estado en el Derecho Privado y un virtual vaciamiento de la autonomía privada. Cabría al legislador la tarea de realizar, dentro de sus atribuciones constitucionales y en la condición de principal destinatario de las normas de derechos fundamentales, la aplicación de tales derechos en las relaciones jurídico-privadas. En la ausencia de una *interpositio legislatoris*, los órganos judiciales serían los responsables de esta labor. Otra corriente, sustentada por WEIMAR, defiende la eficacia vertical y no propiamente horizontal en una relación manifiestamente desigual existente entre un particular y los detentores de *poder social*. Se difundió dicha teoría, de forma más amplia tras la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn, por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como también en Italia, en España y en Portugal. Se idealiza también la teoría de la convergencia estatal (Alemania) y de la *state action* (EEUU). En Alemania, SCHWABE niega la relevancia de la discusión, pues plantea que la actuación de los particulares en el ejercicio de la autonomía privada es resultado de una autorización estatal. Las ofensas a los derechos fundamentales serán siempre procedentes del Estado, pues a éste compete el deber de proteger los derechos fundamentales. Las lesiones a los derechos fundamentales, aunque practicadas por particulares, son siempre imputables al Estado. De modo parecido, la teoría *state action* estadounidense confirma la idea de que los derechos fundamentales vinculan sólo al Estado. Los órganos judiciales relativizan esta posición, ampliando el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, dilatan los conceptos de poder público y de acción estatal cuando un particular ejerce una función estatal pública típica y cuando existen puntos de contacto y aspectos comunes suficientes para que se pueda imputar al Estado la responsabilidad por la conducta del particular.

¹²⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição...cit.*, p.248; CANOTILHO, J. J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...cit.*, p. 1289; PINTO, Paulo Mota. "O direito ao livre desenvolvimento da...cit.", p.189.

el Estado tiene el monopolio del poder, tanto en la aplicación de la fuerza como en la solución de las demandas entre los particulares. Esta teoría, aún defendiendo la eficacia indirecta¹³⁰ de los derechos fundamentales en la relación entre particulares, amplía la aplicabilidad de tales derechos más allá de la tradicional integración de las cláusulas generales del derecho privado. Se impone a los poderes públicos la obligación de tutela efectiva y suficiente de los derechos fundamentales, aunque sean ejercidos entre particulares.

En realidad, como advierte BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, no hay en la doctrina una posición unánime sobre la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas¹³¹. La tendencia doctrinal va hacia la superación de la dicotomía eficacia mediata/eficacia inmediata, optando por las *soluciones diferenciadoras*, como resalta GOMES CANOTILHO, que procuran respuestas diferenciadas teniendo en cuenta, por un lado, la *especificidad del derecho privado*, y por otro¹³², el significado de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico-constitucional¹³³. Se reconoce, pues, que el problema de la eficacia horizontal se inserta en el ámbito de la función de protección de los derechos fundamentales, es decir, que las normas que consagran los derechos, libertades y garantías constituyen principios de orden objetivo, aplicables también en la regulación jurídica privada. De hecho, la eficacia de los derechos fundamentales¹³⁴, para ser verdaderamente comprendida, debe

¹³⁰ CANARIS (Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado...cit.*, p.58) aboga por esta postura, pues resalta que el Estado es el exclusivo destinatario de los derechos fundamentales y sobre éste recae la obligación de protegerlos. Sin embargo, resulta clara la razón por la cual los ciudadanos están también afectados y los derechos fundamentales producen efectos entre ellos, pues justamente porque en el campo jurídico-privado el Estado, o el ordenamiento jurídico, están, en principio, obligados a proteger un ciudadano ante otro.

¹³¹ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Almedina: Coimbra, 2005, p. 107.

¹³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...cit.*, p. 1289.

¹³³ Creo que esta es la intención de PINTO (Paulo Mota. “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”...cit., p.238), no obstante decantarse por la eficacia mediata, cuando propone que la pretensión de aplicación de las normas constitucionales debe, pues, ser primeramente satisfecha a través de normas de derecho privado, que sean “puertas de entrada” de las valoraciones de los derechos fundamentales en el dominio privatístico y que constituyen la forma principal de su efectividad.

¹³⁴ Argumenta CLEMENTE AUGER LIÑAN (“El principio de la tutela judicial efectiva en las relaciones privadas” en *Constitución y relaciones privadas*, (dir. Xavier O’Callaghan Muñoz), Cuadernos de Derecho Judicial, XI, 2003, p.55-78) que el reconocimiento de la “Drittwirkung” presupone, ciertamente, una opción

considerar la multifuncionalidad o pluralidad de funciones de los derechos fundamentales¹³⁵. No representan, sólo una mecánica de artículos del texto constitucional, sino que deben estructurarse en la realidad jurídica y social¹³⁶. Por ello, la virtualidad de una posible adhesión a la teoría de las *soluciones diferenciadoras* se torna adecuada, pues analiza el contexto del derecho fundamental invocado en el caso concreto.

De todos modos, mi opinión sobre este interesante debate, como advierte la doctrina humanista, es que no me sería lícito olvidar que, en su núcleo esencial, los derechos fundamentales quieren tutelar el valor de la dignidad de la persona humana, y tienen, por ello, como destinatarios a los particulares y a los poderes públicos. La dignidad humana, en cuanto esencia del Derecho, se constituye como una garantía que también debe surtir efectos directos en las relaciones privadas. En otras palabras, para la realización efectiva de los derechos fundamentales, no ha de negarse, pues, una eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Por ello la clave para solucionar los interrogantes de la relación entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales está en la formulación iuspública de muchos derechos fundamentales que alcance también el ámbito de las relaciones privadas, teniendo como exponentes los derechos de la personalidad. Por ejemplo, un texto constitucional que garantiza el derecho al respeto a la “vida privada” de la persona no puede estar dirigido únicamente al Estado. Las vulneraciones de tal derecho pueden ser resultado tanto de las relaciones del individuo con el Estado como de las relaciones de aquél con otras personas¹³⁷. En este sentido JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS afirma que en el ordenamiento jurídico no se puede seguir defendiendo la tesis tradicional de que los derechos de la personalidad son tutelados sólo por el derecho privado y los derechos

política, según la cual, sin negar el constitucionalismo de la libertad, se pretende abrir una vía razonable para asentar el constitucionalismo de la igualdad, otorgando efectividad al sistema de derechos reconocidos constitucionalmente en el Estado social, y, que conforme a la arquitectura jurídica del Estado Liberal de Derecho, resultan inoperantes.

¹³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...*cit., p. 1289.

¹³⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais...*cit., p. 299.

¹³⁷ ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Los bienes y derechos de la personalidad*. Primera edición, Editorial Trivium: Madrid, 1985, p. 125-126.

fundamentales son los que gestionan las relaciones entre el individuo y los poderes públicos¹³⁸. De la misma opinión es PAULO FERREIRA DA CUNHA, que defiende que la mayoría de los derechos de la personalidad son la versión privatística de los derechos fundamentales, que son verdaderamente derechos fundamentales y que también son tales derechos aplicables en las relaciones *inter pares*, *inter cives*¹³⁹. En efecto, la doctrina mayoritaria afirma que los derechos de la personalidad sí son derechos fundamentales y que su directa oponibilidad frente a los poderes públicos no implica el desconocimiento de su eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares. Los derechos de la personalidad están expresamente descritos en los textos constitucionales democráticos y adquieren rango de fundamentales a través de su genérico encaje en el principio de la dignidad de la persona humana. En su mayoría, están insertos en la parte dogmática de las Constituciones en el título dedicado a los derechos humanos y fundamentales, y tienen un contenido objetivo, que sería la disposición y previsión en el ordenamiento jurídico; y de modo concomitante plasman un contenido subjetivo, pues se constituyen como facultad y garantía del ordenamiento jurídico para que el individuo pueda ejercer la tutela de los bienes de la personalidad. En esta línea, PAULO MOTA PINTO aduce que los derechos de la personalidad desempeñan una importante función: son instrumentos jurídicos de concreción de los derechos fundamentales en el derecho privado, y, de este modo, impregnan el ordenamiento jurídico-privado¹⁴⁰. Los derechos de la personalidad, junto a otras facultades y posiciones jurídicas (libertades públicas), son derechos fundamentales muy probablemente porque tales facultades y posiciones merecen, según el *iter constituyente*, protección preferente por corresponder a valores que éste reputó preponderantes¹⁴¹. Por ello, se afirma en nuestros días: dada a interdependencia entre el estatuto positivo y el estatuto negativo del ciudadano “(...) cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos da personalidade e vice-versa”¹⁴².

¹³⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*cit., p. 731.

¹³⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Aplicado: viver a Constituição, a Cidadania e os Direitos Humanos*. Quid Juris Editora: Lisboa, 2007, p. 221.

¹⁴⁰ PINTO, Paulo Mota. “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”...cit., p.226.

¹⁴¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto. “Negocios jurídicos sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen” *Anuario de derecho civil*, Vol. 47, Nº 3, 1994, pags. 31-69.

¹⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* cit., p. 397.

No obstante, es inevitable concluir que es más coherente la tesis de que todos los derechos de la personalidad son, actualmente, derechos fundamentales, pero no a la inversa, de modo que la categoría de los derechos de la personalidad, así como su tutela jurídico-civil, más allá de cualquier polémica conceptual, no ha perdido un ápice de su virtualidad y razón de ser porque se haya reforzado su eficacia jurídica a través de su constitucionalización. Por ello, nada más oportuno que analizar estos derechos en apartados propios.

1.4 Antecedentes históricos de los derechos de la personalidad

Un hecho que es inevitable constatar es que la personalidad siempre inspiró, desde los tiempos más remotos, pensamientos, filosofías y conclusiones. La posibilidad de conferir a un ente, humano o moral, la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones está, sin duda, en el seno de la discusión jurídica de las sociedades que atravesaron los siglos. Del mismo modo, la labor de formular un concepto de personalidad humana no ha sido de fácil resolución, pues tiende a limitar el dinamismo del ser humano, necesario para que pueda desarrollar libremente su personalidad. La atribución de una concepción inflexible a la personalidad humana de un individuo en un determinado momento no sería capaz de captar todo el potencial dinámico de auto-desarrollo que posee la personalidad humana. Estos interrogantes, de indudable valor para todos los seres humanos, se revelan de crucial preeminencia para quien se dedica al estudio del Derecho. El reconocimiento y la protección de la personalidad humana es una de las primeras misiones (si no la primera) y una de las más importantes cuestiones a pensar por cualquier jurista, porque, como explica PAULO MOTA PINTO, la personalidad humana es para el Derecho un *príus*, algo que el Derecho ya encuentra, y su afirmación jurídica no es únicamente una exigencia lógica, sino un postulado *axiológico*, el cual impone el reconocimiento y la tutela de la personalidad de todos los seres humanos¹⁴³.

¹⁴³ PINTO, Paulo Mota. “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade” ...cit, p.149-246.

En la actualidad, es pertinente la concepción de que todos los seres humanos son titulares de una personalidad jurídica, pues la condición ontológica de la persona implica, necesariamente, una dimensión jurídica: *ubi persona naturalis, ibi persona iuridica*¹⁴⁴. Sin embargo, se observa que a lo largo de la evolución de la humanidad, esta afirmación no puede ser repetida en épocas pretéritas. La personalidad, del latín *personalitas*, tiene su origen en la palabra persona, y significa el conjunto de elementos inherentes al ser humano¹⁴⁵. La palabra persona proviene de *per* (por, a través) y *sono* (sonido), y expresaba, en sus inicios, la máscara usada por los actores en las representaciones teatrales en la Antigua Grecia y posteriormente en Roma¹⁴⁶. *Prosopón* en griego y *personare* o *resonare* en latín, eran los términos para la máscara, con la boca abierta, provista de láminas metálicas que hacían resonar las voces en las representaciones teatrales. El resonador (o lengüeta metálica) era el indicador de los tipos o caracteres de las máscaras, los cuales tenían un papel personificado y aportaron la idea de “personaje”. Por ello, se empezó a llamar “persona” al personaje de esa figura diferenciada por la máscara, y a los actores *dramatis personae*. Fuera del teatro, la voz común comenzó a llamar “persona” a la función o cualidad que cada individuo representaba en el mundo, y posteriormente persona ha cambiado su sentido, equivaliendo al propio ser humano¹⁴⁷.

En cuanto a los estudios antropológicos, puede observarse que ponen de manifiesto que el individuo en sí, para el pensamiento primitivo, no era significativo. El ser humano se expresaba por unas funciones determinadas o por el lugar social que se le

¹⁴⁴ CAMPOS, Diogo Leite de; BARBAS, Stela. “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica” em *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, vol. 61, T. III (2001), p. 1259.

¹⁴⁵ De la lengua etrusca (*pershu*), según CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 140.

¹⁴⁶ Refiere CORDEIRO MENEZES (A. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas*. Almedina: Coimbra, 2004, p. 15) que la *persona* habría sido introducida en Roma, proviniendo de Grecia, por el actor ROSCIUS, 100 a. C.

¹⁴⁷ CIFUENTES (Santos. *op. cit.*, p. 141 y ss) afirma que persona es acto y potencia, pues comprende la idea de sujeto y de aptitud para serlo. Toda persona natural o ideal tiene la posibilidad de ser sujeto, pues este último vocablo jurídico se utiliza con un significado especial en el derecho; es la persona que, por formar parte de una relación jurídica, goza de un determinado derecho o tiene que cumplir alguna obligación. Sujeto representa el acto, y persona puede ser sólo la posibilidad de formar parte de un acto. La persona es, en este sentido, el género y el sujeto, la especie. Por eso la clásica división de los elementos generales de los negocios jurídicos: sujeto, objeto, forma y causa.

atribuía por el nacimiento o por su tarea en la sociedad. En las sociedades primitivas, la individualización era contrastada con dos factores: la disociación de los elementos constitutivos de la persona, y su inclusión en el espacio y en el tiempo. La persona era valorada en conexión con las situaciones concretas en que se integraba en el contexto social¹⁴⁸. Al principio, pues, el individuo era identificado como un elemento del mundo material, como si fuese un simple objeto, instrumento del medio social. Por ello, estaba sometido a todas las consecuencias de la naturaleza y de los otros individuos. El surgir de la subjetividad, en esta época, estaba desprovisto de todas sus potencialidades, si esa cualidad no se refiriera también al otro sujeto con el cual el individuo se relacionaba. No obstante, cuando se percibió la diferencia entre el individuo y el contexto social, apareció la idea de particularizar a la persona. Dada la imposibilidad de conocer, con absoluta certeza, el estado posterior a la vida, se razonó que ésta era un bien que debería protegerse. Ese movimiento instintivo ha introducido el sentido personal, la noción del “yo”. Desde el punto de vista filosófico, se puede afirmar que en Grecia prevaleció la idea de la organización social¹⁴⁹. La *polis* griega concentraba la atención y la vida del individuo. La libertad, la dignidad y hasta el hecho de vivir eran secundarios, subordinados y fundados en el valor supremo organizativo. La *polis* era todo, significaba la convivencia, el orden, la justicia. Fuera de ella el mundo no existía, y lo que restaba era un panorama de escamoteo, miseria, penuria y aventura¹⁵⁰. De acuerdo con este razonamiento, el individuo carecía de dimensión personal, lo que se aceptaba era la supremacía del poder político, el cual concedía y regulaba las situaciones con un poder ilimitado.

¹⁴⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós: estudos sobre o direito das pessoas*. Almedina: Coimbra, 2004, p.13.

¹⁴⁹ La Historia de Grecia Antigua se divide en cuatro periodos: Periodo micénico u homérico, siglo XV – VIII a. C., dominado por los cretenses y aqueos; 2) Periodo pre-clásico o arcaico, civilización jónica, siglo VIII – VI a. C.; 3) Periodo Clásico, siglo VI – IV a. C.; 4) Periodo pos-clásico o helénico, siglo IV – I a. C.

¹⁵⁰ Recuerda CASTÁN TOBEÑAS (José. *Los derechos del hombre*. Reus: Madrid, 1976, p. 38 y ss) que la filosofía griega, aun cuando a partir de la escuela socrática dirigió su estudio hacia el ser humano, lo hizo de una manera externa, proyectándolo hacia el Cosmos. El yo se halla en íntima y viva conexión con la totalidad del mundo circundante, con la naturaleza y la sociedad humana, y no separado y aislado. ARISTÓTELES designa al ser humano como un *animal político*, identificando así el ser del hombre con la ciudadanía, la pertenencia al Estado. En la Antigüedad clásica no se percibía bien la existencia del sujeto, con significación ética y jurídica, fuera del Estado.

La personalidad, por tanto, no era reconocida como hoy se concibe. Los atenienses gozaban de la libertad de pensamiento porque el poder político apreciaba altamente la libertad y no porque la reconociera como un derecho humano. El ciudadano era algo, pero sus derechos dependían del poder político. Lo que se constata es que para los griegos, y posteriormente para los romanos, las funciones circunstanciales preceden y encubren el reconocimiento de los seres humanos como individuales. El *homo faber* oculta la persona en su individualidad, y solamente los seres humanos de relieve se desvinculaban de esta situación de “ser social”; por tener un papel destacado en la sociedad, por la relevancia de su posición social, se les atribuía singularidad a algunos individuos, habiendo un “desprendimiento” de la persona del seno social¹⁵¹. La protección de la personalidad humana en esa época se basaba en tres ideas básicas: rechazo a la injusticia, prohibición de conductas excesivas de una persona respecto a otra, e intolerancia hacia los actos de insolencia contra la persona humana¹⁵². Tal tutela tenía de modo preferente naturaleza penal, ejercida a través de la *hybris*, mediante la prohibición de injurias y servicias¹⁵³. Sin embargo, por influjo principalmente de las ideas aristotélicas, se defendió la idea de que deberían protegerse las relaciones humanas en sociedad para que se alcanzara el bien común. Esta nueva acepción hizo que se valorara la protección jurídica de la personalidad y que se reconocieran con mayor amplitud los casos comprendidos por la *hybris*¹⁵⁴. Con el hundimiento del sistema de la *polis*, bajo el imperio de Alejandro Magno, el ser humano dejó de ser un mero elemento de la ciudad. La vida humana “se expandió” y fue adquiriendo un matiz universal¹⁵⁵. Cuando se reconoció un valor moral en el individuo y en su semejante, necesariamente supremo e igual, la común humanidad de todos los seres humanos llevó al reconocimiento de la

¹⁵¹ CAMPOS, Diogo Leite de. “Lições de direitos da personalidade” em *Separata do vol LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1992, p.13.

¹⁵² Recuerda ROGEL VIDE (Carlos. “Origen y actualidad de los derechos de la personalidad” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Año nº 149, Nº 1, 2002, pags. 113-134) la existencia de la *actio legis Aquiliae*, pensada para lograr la indemnización por daños extracontractuales de índole patrimonial.

¹⁵³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 23-25.

¹⁵⁴ Aduce CAPELO DE SOUZA (Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra Editora: Coimbra, 1995. p. 44) que con el tiempo se incluyeron otros ilícitos en esta sanción. Tanto es verdad que en las *Leyes* de Platón la *hybris* es una idea compuesta y más general.

¹⁵⁵ CIFUENTES, S. *op. cit.*, p. 05 y ss.

persona - de modo distinto al mundo de la naturaleza - y de la preservación de los derechos de la persona. Ese fue el descubrimiento de la persona y el inicio de la afirmación de sus derechos¹⁵⁶.

Sin embargo, los datos históricos aportan que fueron los juristas romanos los inventores de la personalidad jurídica. Durante los últimos años de la República, las luchas entre las facciones de la ciudad, unidas al descontrol de la autoridad pública, provocaron el hundimiento de la “*civilitas*”, la cual era la actitud o conducta correcta y natural de cada ciudadano ante de los demás¹⁵⁷. Con el advenimiento del principado, se reincorporaron los derechos y obligaciones de la “*civilitas*”. A partir de entonces, se elaboró un sistema de relaciones privadas que primaba la afirmación de la personalidad y daba la solemnidad a los elementos esenciales de la personalidad privada¹⁵⁸. Surge con esta evolución la idea del principio de la autonomía privada, resultante del reconocimiento de la personalidad jurídica. Merecen especial atención los comentarios de ANA PRATA, quien explica la intrínseca vinculación que tenía el concepto de autonomía privada con los de sujeto jurídico y de propiedad¹⁵⁹. Como advierte PAULO FERREIRA DA CUNHA, citando Orlando Vitorino, la forma predominante del derecho romano no es el contrato, sino la propiedad¹⁶⁰. En el Derecho Romano no se podría decir, como en el derecho moderno, que las cosas son de propiedad de alguien sino que las cosas tienen propiedad. La personalidad jurídica, pues, se encontraba íntimamente anudada al surgimiento de la posesión y del derecho de propiedad. La atribución de personalidad y capacidad jurídicas constituye el instrumento por el cual se torna viable la utilización

¹⁵⁶ En este sentido, el primer derecho a imponer en la conducta, tras el reconocimiento de igual dignidad entre los seres humanos, fue el de no matar. Las imposiciones fueron paulatinamente incrementándose, de conformidad con lo que se descubría de individual en la sociedad. Es decir, en la proporción en que se hallaba una dependencia del individuo del cuerpo social, por consiguiente, se atribuían más derechos y más respeto al individuo. No matar fue una llamada destinada a la colectividad e inmediatamente propuesta para el individuo en relación a sí mismo. Como no se concebía que la persona singular fuese superior a sí misma, en consecuencia, no podría influir en sí misma de modo perjudicial. Primero se estableció la prohibición de asesinar, después fue también reglamentada la interdicción del suicidio. Las dos normas, enlazadas, demuestran el nuevo valor adquirido por la persona considerada individualmente.

¹⁵⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. “Lições de direitos da personalidade”...cit., p.17.

¹⁵⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós: estudos sobre o direito das pessoas*...cit., p 23.

¹⁵⁹ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Livraria Almedina: Lisboa, 1982, p.07-12.

¹⁶⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Aplicado* ...cit, p. 206.

privada autónoma de cada fracción de tierra y, por tanto, de las relaciones mercantiles del período clásico romano. Fue a partir de estas ideas que la persona humana adquirió legitimidad para ser autora del orden jurídico, y dejó de ser mero componente de una estructura jurídica pre-establecida. En este contexto, los juristas romanos, como hicieron los filósofos griegos, al discutir previamente los fines del Derecho, proporcionaron la evolución de estos conceptos. Comenzaron a construir¹⁶¹ un razonamiento de Derecho Superior, ideal conforme a la naturaleza y aplicable a todos (en grados variables), orientándose por la concepción estoica de igualdad¹⁶². La interpretación del Derecho, en esta línea, abandona la antigua rigidez, y el Derecho empieza a ser aplicado según las nociones que provenían de la filosofía griega: equidad, buena fe y utilidad. Se manifiestan valores, ora éticos, ora jurídicos, relacionados con la persona, la cual, de esta forma, se afirma como relevante para el desarrollo del Derecho¹⁶³. La nueva doctrina consideraba que la persona humana era la actora de su propio Derecho y productora de los efectos de este Derecho. Muchos juristas posteriores intentaron organizar el Derecho enlazándolo a grandes principios (*honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere, etc...*), los cuales se tornaron bases axiológicas de los actos humanos (los verdaderos creadores del Derecho)¹⁶⁴.

De todos modos, es relevante resaltar que la personalidad no era un atributo de la naturaleza humana, sino una consecuencia del *status*, el cual se establecía por un privilegio o por la concesión de una ley: *persona est homo statu civili praeditus*. Para gozar de plena capacidad jurídica era necesario tener una posición privilegiada en cada

¹⁶¹ Es necesario relatar que el pensamiento filosófico romano extrajo su núcleo de los razonamientos de los griegos. Los griegos, destacados por pensar y teorizar, no se ocuparon prioritariamente de la positivación del derecho. Los romanos, en cambio, establecieron con detalle la normativa jurídica y relegaron la teoría especulativa. Dieron prioridad a la organización del Poder político y de la sociedad; para después mirar a la filosofía (*vid. CIFUENTES, S. op. cit., p. 6*).

¹⁶² TORRES, António Maria M. Pinheiro. *Acerca dos Direitos de Personalidade*. Editora Rei dos Livros: Lisboa, 2000, p. 16.

¹⁶³ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Aplicado: viver a Constituição, a Cidadania e os Direitos Humanos... cit*, p. 209. El autor cuestiona el axioma jurídico *dura lex sed lex* y prefiere pensar que la rigidez siempre anudada a la misma no fue absolutamente prevalente en el *Ius Romanum* clásico.

¹⁶⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós ...cit*, p.24-25.

uno de esos tres órdenes¹⁶⁵: a) *status libertatis*: estado-condición de libertad de la persona; quien la perdía, sufría la llamada “*capitis diminutio maxima*”; b) *status civitatis*: estado de ciudadanía; los extranjeros no podían participar del *ius civile* – situación de nacimiento en la ciudad de que gozaban los ciudadanos romanos, o *cives*, o *quirites*, cuya ausencia significaba la “*capitis diminutio media*”; c) *status familiae*: estado de familia; los *alieni iuris* estaban *sub potestate* – posición del ciudadano en cuanto *sui iuris* o jefe de familia, la falta importaba en subordinación a un ascendente masculino, la denominada “*capitis diminutio mínima*”¹⁶⁶. Es conveniente recordar que si el individuo no fuese libre no podría tener los otros dos *status*¹⁶⁷, y que además, la personalidad jurídica no correspondía al mismo concepto de personalidad moral ni tampoco al de personalidad política¹⁶⁸.

Aun con tan importante discusión, la tutela de la personalidad pasó a tener el cauce dictado por la *actio iniuriarum*, invocada cuando se configuraba una ofensa por medio de *iniuria*. En efecto, el sentido original de *iniuria* estaba relacionado con las ofensas corporales, con los atentados a la vida y a la integridad física, pero más tarde

¹⁶⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 28.

¹⁶⁶ SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade ...cit.*, p. 27 La familia estaba subordinada al *pater familias*, el cual era el jefe, el administrador y el sacerdote. Solamente él tenía capacidad jurídica plena. Los *alieni iuris* estaban vinculados a las decisiones del *pater familias*: *potestas* sobre los hijos, *manus* sobre la mujer, *domenica potestas* sobre esclavos.

¹⁶⁷ Discrepa SZANIAWSKI (*op. cit.*, p. 28 y ss) de los que enseñan que, en el Derecho Romano, esclavos y extranjeros no eran personas, sino meras *res*. Igualmente rechaza el argumento de los que dicen que por haber sufrido la *capitis diminutio maxima*, habrían perdido su capacidad jurídica, no siendo más *caput*. Aduce que la expresión *caput* no se confundía con capacidad jurídica y que los esclavos tenían una capacidad jurídica relativa. Cita el autor, p. 30: “Vamos encontrar diversas hipótesis que confirmam a existência de capacidade processual dos escravos; quando ocorria a supressão de cláusula testamentária onde o *dominus* concedia a alforria ao escravo (D. 35, 1, 51); na liberdade obtida *empra propriis nummis*, segundo constituição de Marco Aurélio e Lucio Vero, ou ainda no *favore libertatis*, hipóteses em que o escravo poderia, administrativamente ou mesmo, judicialmente, garantir a obtenção de sua liberação, demonstram a subjetividade e a personalidade desses indivíduos que sofreram a *capitis diminutio máxima*”. Aún afirma que del examen de los textos romanos - Gayo (1,9); (1,120); (1,121) e (4,135); Digesto (30, 86, 2 – IUL); (50, 16, 215 – Paulo) e (50, 17, 22 – ULP) - se concluye que la designación de *persona* servía para designar al ser humano (libre o esclavo). No obstante esta expresión, el término *caput* otorgaba a la persona mayor o menor gradación de derechos subjetivos. Era *caput* cualquier persona, libre o esclava, independientemente de su personalidad. El libre se llamaba *caput liberum* y el esclavo *caput servile*. De ello se interpreta que cualquier ser humano en esa época era *persona* y *caput*.

¹⁶⁸ De esta distinción resultó que la personalidad jurídica se quedó reducida en sus consecuencias, no siendo susceptible de actuar con toda su potencialidad creadora.

asumió una posición de “cláusula general de tutela de la personalidad”, con un radio de aplicación más amplio, comprendiendo además de las ofensas al cuerpo, las que vulneraban la condición jurídica (falta de reconocimiento de los derechos que a todo ciudadano correspondía) o el honor. Sostiene CORDEIRO que la *iniuria*¹⁶⁹ en la *Lex aquilia de damno*, entre 289 e 286 a. C., surge con un sentido más amplio, equivaliendo a injusticia o ilícito. Se cambió su concepto, pasando a designar los actos lesivos singulares que por sus contornos difusos no poseían una denominación específica¹⁷⁰. Su amplitud, pues, se configuró con diversos parámetros concretados en los delitos en general, en la ilicitud y en la propia culpa¹⁷¹. La *iniuria*, como anteriormente, motivaba la *actio iniuriarum*, una *actio ex delicto*, fundada en la *Lex aquilia* y ubicada en el área de lo que se puede llamar de responsabilidad civil¹⁷². La *iniuria* como ofensa al honor, como recuerda ROGEL VIDE, podía consistir en palabras (*verbi*) o en hechos (*re*), podía ser grave, cualificada por las circunstancias agravantes de persona, lugar o tiempo, o simple¹⁷³. Se distinguía también entre la *iniuria* inmediata, la causada directamente a la persona, y la *mediata*, hecha a personas unidas íntimamente con ella (por ejemplo, a la mujer, a los hijos, etc.).

Con la evolución de las ideas, se asociaron la persona y la sociedad en una doble faceta: una primera que consideraba el ser humano como un objeto de la naturaleza, y la otra como un centro de valores, como un ser empírico que producía y como un ser moral, auto-determinado, portador de valores únicos y supremos, esencialmente no social¹⁷⁴. Afirma CAMPOS que la raíz de los derechos de la persona (privados y públicos) está

¹⁶⁹ Procede observar que puede encontrarse en las *Institutiones* de Justiniano una idea de lo que representaba la *iniuria*. En su libro IV, título IV, *iniuria* significaba, en general, todo lo que no fuera jurídicamente regular (*quod no iure fit*). Tipificados estaban la afrenta injuriosa a una persona (*contumelia*), el desprecio, la culpa, la iniquidad y la injusticia.

¹⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas...*cit., p. 31.

¹⁷¹ En este contexto, conviene recordar que el edicto *ne infamandi causa fiat* presumió una clara ampliación de las facultades pretorias. Al principio se tutelaban únicamente los atentados contra las *boni mores* o viejas costumbres. A partir de este edicto, el pretor pudo analizar todo acto susceptible de causar infamia a alguien. Ello supuso, por primera vez, el triunfo de un criterio subjetivo.

¹⁷² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral...* cit., p. 33.

¹⁷³ ROGEL VIDE, Carlos. “Origen y actualidad de los derechos de la personalidad”...cit., 113-134.

¹⁷⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. “Lições de direitos da personalidade”...cit., p.10.

inmanentemente conectada con el cristianismo. Justifica tal afirmación aduciendo que la doctrina cristiana, al determinar la “desacralización” de la naturaleza y de la sociedad, liberó al ser humano de ser objeto de derechos y, por el contrario, lo convirtió en sujeto de derechos¹⁷⁵. Antes de ello, como se ha descrito, no había una referencia a la subjetividad. Integrado en la naturaleza y en la sociedad, el ser humano fue paulatina y definitivamente transformado en persona por el humanismo cristiano¹⁷⁶. Sostiene CAMPOS que la doctrina cristiana reveló la base metafísica de la persona, transmutando la idea de persona-miembro-de-la-sociedad, revestida de un “estado” social, a una noción de persona-humana, no social. Para apoyar dicha argumentación, el autor se sostiene en las palabras de HEGEL, que alega que la búsqueda de la individualidad autónoma fue ajena a la cultura oriental y a la cultura griega clásica y que tal idea fue introducida por la religión cristiana, que propugnó la subjetividad y la auto-conciencia¹⁷⁷. Por supuesto, es adecuado el planteamiento de que el cristianismo fue innovador al intentar separar al ser humano fabricante (*homo faber*) del ser humano pensante (individual, autónomo y estable), pues así se configuró la posibilidad de la declaración de existencia de la persona “no social”¹⁷⁸. Es innegable constatar los efectivos beneficios aportados por la ideología

¹⁷⁵ En este proceso evolutivo surgieron, defiende CAMPOS (*Nós... cit*, p. 15-16), derechos de exclusión que consideraban la protección de la persona, como ser no social. Se implantaron también derechos de la personalidad en sentido lato, que comprendían la actividad de inter-relación de la persona, su dimensión social, atribuyéndole derechos públicos (derecho de auto-gobierno, derecho a voto para elección de los cargos públicos, derecho de ser electa, entre otros). En realidad, lo que se percibe es que hubo una distinción entre el derecho civil (de exclusión) y el derecho público general (*res pública*).

¹⁷⁶ Plantea CIFUENTES (*op. cit*, p. 7) que GÓMEZ DE AMESCUA, creador del *iura in se ipsum*, sostenía que el derecho romano confería a la persona una indefinida *potestas in se ipsum* y que fue, precisamente, la propagación de la ideas del cristianismo lo que produjo un freno, al poner límites a la libre disponibilidad del propio cuerpo.

¹⁷⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. “Lições de direitos da personalidade”... *cit.*, p. 12 y ss.

¹⁷⁸ Procede recordar que en esa época el ser humano normal trabajaba y la ociosidad era reservada a los nobles. Es oportuno recordar que la filosofía de ARISTÓTELES proponía un método de estudio de los animales que consistía en clasificarlos según sus órganos, sus funciones, sus modos de vida, quedando fuera el ser humano sujeto. En la Edad contemporánea, MARX vislumbró la hipótesis de que la persona sería reconocida por los demás miembros de la sociedad por la obra que su labor producía. Los filósofos griegos tenían, pues, una opinión naturalista del ser humano, en la cual la persona y su vida estaban en conexión inseparable con la naturaleza. Los primeros que refutaron este pensamiento fueron los estoicos. Sin embargo, CAMPOS advierte que no se puede atribuir a la escuela estoica la primera piedra en el descubrimiento de la persona. Afirma que la doctrina estoica no concedía a la persona la base metafísica que le fue dada por el cristianismo. Además, revela que únicamente el cristianismo elevó el problema del reconocimiento individual de la persona a preocupaciones y discusiones filosóficas, éticas, jurídicas y sociales. Asevera que la doctrina cristiana no es la creadora de la *persona* latina o tampoco la *hypostase* griega, pero fue la que le confirió contenido y extrajo aplicación y consecuencias. Tras la implantación de

crisiana, los cuales sirvieron de base para las conquistas de derechos y para la consideración de la persona como individual. No obstante, sobre esta contribución cabe mencionar que tal doctrina estuvo muy influida por las ideas de las escuelas de los epicúreos y de los estoicos¹⁷⁹.

Siguiendo el contexto histórico, es cierto que al caer el Imperio Romano y con el comienzo de la Edad Media se modificaron la sociedad y la economía de la Europa Continental. No obstante, las invasiones germanas en el siglo V, inicialmente, no influyeron de modo sustancial en el cuadro del derecho romano del Imperio. Con el tiempo y, debido a la llegada de un mayor número de bárbaros (en territorios que en nuestros días corresponden a Francia, al norte de Italia y parte de España), el derecho germano, que se basaba especialmente en las costumbres, introdujo sus raíces en el derecho romano, pasando los dos derechos a tener una interrelación. El antiguo Imperio Romano se fragmentó en una serie de reinos políticamente independientes, unidos por la fuerza de la Iglesia como poder intemporal¹⁸⁰. Ese nuevo modelo provocó alteraciones en el pensamiento jurídico dominante, ora avanzando, ora retrocediendo¹⁸¹. Los cambios económico-sociales impregnaron el derecho romano de las antiguas - realizado dentro de una sensibilidad racional de una voluntad política planificadora -, fortaleciendo el

las ideas cristianas, cualquier persona pasó a ser cualificada como persona (hombres, mujeres, niños, esclavos, extranjeros, enemigos, etc). Por supuesto, la razón asiste a este autor cuando hace esta afirmación. Una de las ideas que llevaron a la gran aceptación y divulgación del cristianismo en esa época fue que la doctrina se aplicaba a cualquier persona, sin restricción. La ideología cristiana preconizaba que todos podrían apoyarse en sus ideas y, por consiguiente, ganó una enorme adhesión por esta gran diferencia.

¹⁷⁹ Los estoicos, de ZENÓN (396-264 a.C.) en delante, ya razonaban que la persona debería vivir conforme a la naturaleza, de acuerdo con los enunciados de la razón, pues el individuo era miembro de un sistema universal. A su vez, los epicúreos consideraron que el Estado era circunstancial, producto o efecto de la conservación de los individuos, que permitía la coexistencia. CASTÁN TOBEÑAS (José. *Los derechos del hombre...cit.*, p. 39) argumenta que hay algún antecedente de la concepción de la persona con significación espiritual ético-jurídica en el concepto romano de la *humanitas*, forjado por la filosofía estoica, precursora de la concepción cristiana de la persona humana.

¹⁸⁰ El derecho canónico perduró en Europa durante toda la Edad Media hasta el siglo XVI, época de la Reforma protestante.

¹⁸¹ SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade...cit.*, p. 33 y ss. Se desarrolló un nuevo sistema político. Prevalecía la costumbre del rey dividir sus tierras entre sus hijos. De esta división resultó un nuevo desdoblamiento de los reinos y su consecuente enflaquecimiento. Las rivalidades entre los príncipes desencadenaban guerras y luchas por el poder y, por tanto, coadyuvaron a la decadencia del poder real, alrededor del siglo VII. Este cambio favoreció la concentración de tierras en las manos de determinados guerreros, impidiendo al rey de mantener la supremacía política que tenía sobre su reino. Se creó una relación de dependencia directa entre el pueblo y los líderes locales, surgiendo las relaciones señor-vasallo.

derecho fundado en las costumbres de los bárbaros - determinado por la intuición y por el sentimiento de la vida, y de la pulverización de un orden universal en una pluralidad de comunidades jurídicas de base personal - , transformándose la costumbre germana en la principal fuente del Derecho¹⁸². Algunos soberanos europeos, señores de grandes latifundios, se fortalecieron políticamente y, de manera proporcional, profundizaron las bases del sistema feudal. Cada reino tenía su propio sistema jurídico, cuya fuente era la costumbre local. Empero, este panorama jurídico-social no ha prosperado por innúmeras razones políticas, económicas y sociales¹⁸³.

La Edad Media reconocía que todos los seres humanos, más allá de su status social y político, participan de un orden ético-natural cuyos principios de base, procedentes del estoicismo antiguo y del cristianismo, son la unidad del género humano y que las personas son hechas a “imagen y semejanza de Dios”. Estos principios permitieron especialmente Santo Tomás de Aquino y su escuela, la Escolástica, reconocer a los infieles un derecho natural de dominio privado y público, que les ponía teóricamente a salvo de un supuesto derecho de conquista por parte de los cristianos, que muchos defendían¹⁸⁴. Por ello plantea DE CASTRO que de ahí nace la idea de los derechos de la personalidad¹⁸⁵, para fundamentar la existencia de determinados bienes

¹⁸² Afirma CIFUENTES (*op. cit.*, p. 8 y ss.) que los germanos presentaban una organización jurídica más definida. La unidad de la tribu y la libertad individual se combinaron. Se empleó, también, la venganza de la sangre, institucionalizándose el sistema de la venganza privada. Todos los integrantes de la familia tenían el deber de perseguir y castigar al ofensor y a sus parientes.

¹⁸³ En los siglos XIV y XV, la sociedad feudal de Europa centro-occidental vivió un período de crisis. Se abrió un largo lapso de transición (que se dio de forma más acelerada en Inglaterra y Francia) hacia el capitalismo. Esa transición se caracterizó por la hegemonía del Poder monárquico absolutista, una forma estatal que representa el resultado de un proceso plurisecular que marcó la época entre el sistema feudal y el moderno, por medio de la centralización del poder (tanto territorial como administrativa) y de su concentración en manos de un príncipe, protegido por el derecho divino y perpetuado por la sucesión hereditaria.

¹⁸⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Los derechos del hombre...* cit., p. 42.

¹⁸⁵ DE CASTRO, Federico. “Los llamados derechos de la personalidad” en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, vol. II, Madrid, 1997, p. 873-906 (876 y 877). El autor cita como ejemplos de esos bienes la integridad corporal, la tranquilidad, la libertad, el honor y la fama. Considera importantes para la conformación de estas ideas las lecciones de VITORIA; la obra de SOTO, la cual decía que el ser humano tenía tres géneros de bienes: 1) La vida, 2) el honor y la fama, 3) los bienes temporales; las aportaciones del teólogo-jurista padre MOLINA, las aceptación de tales ideas por GROCIO, que las divulgó en territorio germánico y la sistematización del Derecho Civil por DONNELO.

que se encuentran en el propio individuo (*in bonis corporis*) y que parece recogerse en la *Summa Theologica* de Santo Tomás¹⁸⁶.

A finales del siglo XI se creó la Escuela de los Glosadores de Bolonia, renaciendo el derecho romano justiniano. Este renacimiento inspiró nuevas ideas político-sociales que se inclinaban hacia la centralización del poder. El derecho romano justiniano, comentado por los glosadores, se hizo, de esta forma, un derecho común medieval, con vigencia en toda la Europa continental. No se observa, según dice CAPELO DE SOUZA, en la doctrina de la mencionada Escuela, una evolución significativa de la tutela de la personalidad, pues se mantuvo el ámbito y las características de la *actio iniuriarum*¹⁸⁷. Tampoco se alteró la conformación de esta materia con la aparición, en el siglo XIV, de la Escuela de los Comentadores¹⁸⁸. Como relata DE CASTRO, los tratadistas estudiaban las acciones de origen romano, y para su aplicación a las realidades de su tiempo se limitaban a señalar otras creadas *moribus et consuetudine*, tanto cuando se dirigían a pedir una indemnización pecuniaria como si tenían por fin la retractación pública (*palinodia*)¹⁸⁹. Se encuentra, a veces, una referencia a los bienes personales, pero sólo cuando se relaciona con la ya citada idea de la *iniuria*, una lesión del cuerpo, de la dignidad o de la fama.

Del desarrollo mercantil posterior a este período resultó la idea de unificación del Derecho y el surgimiento de nuevas categorías jurídicas¹⁹⁰. El renacimiento del derecho

¹⁸⁶ En la Edad Media, Boecio definió a la persona como *naturae rationalis individua substantia*, substancia individual de naturaleza racional, reconociendo a la persona como individuo, substancia, existente en sí misma. Este concepto le sirvió a San Tomás de Aquino para la formulación de la concepción tomista de la persona.

¹⁸⁷ CAPELO DE SOUZA. *O direito geral de personalidade*. cit., p.59.

¹⁸⁸ Enumera DE CASTRO (Federico. “Los llamados derechos de la personalidad”... cit., p.878) algunos factores que hicieron que las ideas antes descritas no tuvieran influjo sobre los civilistas: la desconexión progresiva entre la labor de los teólogos y la de los juristas, el poco interés por la exposición sistemática y, sobre todo, el método de la glosa y del comentario que ligaba a los textos del derecho justiniano.

¹⁸⁹ DE CASTRO, Federico. “Los llamados derechos de la personalidad”... cit., p.878-879.

¹⁹⁰ El capitalismo facilitó la ascensión de la burguesía como poder económico, sobretudo en Francia e Inglaterra. La ideología principal de los burgueses era que el Estado sería potencialmente rico si fuera poderoso hacia el exterior. Para llegar a este *status*, se vio necesaria la expansión mercantil y capitalista. Sin embargo, esta expansión se llegaría sólo si el Estado concediese la libertad política y social a los burgueses, extinguiendo los privilegios de la nobleza y combatiendo el absolutismo monárquico.

romano, con raíces en Italia, se expandió hacia el norte, confirmando la tradición romana en el derecho europeo continental¹⁹¹. El Renacimiento y, principalmente, el humanismo impulsaron a los juristas de la época a formular un derecho de la personalidad, un *ius in se ipsum*, surgiendo las primeras nociones de derecho subjetivo y de existencia de la voluntad individual. En las obras más influyentes no se enumeran los bienes de la personalidad, pues lo que interesaba era señalar la obligación que tienen todos los seres humanos de considerarse iguales. Es común indicar que la primera monografía que desarrolló concretamente el tema es la de GÓMEZ DE AMESCUA, *Tractatus de potestate in se ipsum*¹⁹². El texto exalta el principio liberal de que todo estaría permitido al ser humano respecto a sí mismo, excepto lo que estuviera prohibido por el Derecho. En ella se estudia la figura de una *potestas in se ipsum* o *ius in corpus*, que significa que ya por la ley de la naturaleza, o por los preceptos de los derechos civil, canónico y regio, todo ser humano tiene una *potestas in se ipsum*, en los límites establecidos por la ley. Significaba, pues, el derecho de hacer de sí mismo lo que quiera, salvo lo prohibido por el Derecho. La obra gira en torno a esa premisa¹⁹³ y se detiene en los límites de la potestad sobre la vida, cuerpo y fama, y las consecuencias que derivan de dicha potestad¹⁹⁴.

¹⁹¹ Gran-Bretaña no sufrió un efectivo influjo de este nuevo orden. Construyó su propio derecho entre los años de 1066 y 1485, desarrollando su sistema jurídico entre 1485-1832 mediante el desenvolvimiento de la jurisprudencia formulada a partir de decisiones reales, los *cases law*, instituyendo el sistema jurídico del *common law*.

¹⁹² CIFUENTES (*op. cit.*, p. 23) indica los *fundadores* de esta idea: el primero que se perfiló nítidamente en dicha posición fue GÓMEZ DE AMESCUA. Nació en España, en la ciudad de Toledo, pero hizo su carrera en Italia, togado en Sicilia y en Nápoles. En 1609 escribió sobre la *potestas in se ipsum*, luego convertida en *ius in se ipsum*. La segunda monografía sobre el tema afirma DE CASTRO (Federico. “Los llamados derechos de la personalidad” en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, vol. II, Madrid, 1997, p. 873-906), que ha sido la de STRYK, en 4-2-1675: De iure hominis in se ipsum. La idea directriz de esta obra es que el *ius in se ipsum* se asienta, como se ha visto, en la libertad.

¹⁹³ DE CASTRO y BRAVO. Federico. “Los bienes de la personalidad”, en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, p. 7.

¹⁹⁴ No obstante, atribuye CORDEIRO (António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral...cit.*, p. 34) a HUGO DONELLUS las primeras ideas conformadoras del nacimiento de los modernos derechos de la personalidad. DONELLUS tipificó los *iura in persona ipsa* en cuanto manifestaciones esenciales, próximas a las que, actualmente, surgen en el Código Civil Portugués. Admitía que se reconoce la vida; la integridad física, que consistía en no ser molestado; la libertad, que se traduce en hacer lo que se quiera y la reputación, una dignidad acreditada por las leyes y por las buenas costumbres.

La Escuela del Derecho Natural, a partir del siglo XVII, desarrolló la doctrina del humanismo antropocentrista, voluntarista e individualista, junto a la doctrina de los derechos subjetivos¹⁹⁵. En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO explica que la mencionada Escuela contribuyó de forma efectiva a la construcción histórica del problema. Puso al ser humano como vértice del sistema, considerando persona a todo ser humano, no sólo a los ciudadanos libres, dotando a todos del atributo indispensable de la libertad y atribuyéndoles dos clases de bienes esenciales y que constituirían el mínimo indispensable para que el ser humano se distinguiera de los animales: los internos (*in bonis corporis*): integridad física, el honor y la fama; y los externos (*bona exteriora*), bienes temporales¹⁹⁶. Por ello los autores suelen atribuir al derecho natural el desarrollo de la idea de la tutela de los derechos individuales y de la noción de dignidad de la persona humana y, también, la elaboración de la posterior doctrina del derecho general de la personalidad, a mediados del siglo XX. Con esta base jurídica se expandió con fuerza la Escuela del Derecho Natural, que fue la impulsora del nacimiento y desarrollo de los derechos de la personalidad¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Se puede decir que la Escuela del Derecho Natural considera que existe un derecho de naturaleza inserto en las cosas, en la naturaleza, y del cual el ser humano participa, esto es, una *lex naturae* de la que él es el intérprete racional, termina por influir en el reconocimiento de que el ser humano mismo es su titular, como portador de algunos derechos que precisamente le son inherentes por naturaleza, que son atributos suyos, constitutivos de su esencia profunda en cuanto sujeto de derecho. Se suele plantear que el iusnaturalismo clásico construyó una doctrina del derecho natural objetivo y el iusnaturalismo moderno supuso el descubrimiento de los derechos naturales subjetivos. Este proceso se inicia con HUGO GROCIO, quien cita algunos derechos básicos del ser humano (libertad de pensamiento, la propiedad, el matrimonio...), se perfila con HOBBS, al insistir en la distinción entre el ius (libertad de hacer) y la ley (obligación derivada de la norma), y culmina con WOLFF, que afirma que siempre que se refiera al derecho natural, no entenderá por ello la ley natural, sino el derecho que en virtud de esa ley le corresponde al ser humano. Los filósofos de la escuela clásica del derecho natural se orientaron en tres direcciones: a) la justicia como conjunto de principios de validez universal; b) la idea del estado de naturaleza, c) el concepto del contrato social. Sin embargo, sostiene CIFUENTES (*op. cit.*, 22) que el iusnaturalismo tuvo orígenes más remotos; en la Antigüedad griega: HERÁCLITO, los pitagóricos, los sofistas, SÓCRATES, PLATÓN y ARISTÓTELES; en Roma con CICERÓN y el *Corpus Iuris* de JUSTINIANO, que afirmaba que el derecho natural sería aquel que la naturaleza inspira a todos los animales que nacen del cielo, en la tierra y en el mar.

¹⁹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁷ De este modo se construyó el derecho moderno europeo, con influencias del derecho justiniano, del derecho germano de las costumbres, del derecho canónico, de las costumbres mercantiles mediterráneas y del derecho natural.

No obstante, es necesario resaltar que la efectiva protección de la personalidad humana, reconocida por el poder político, tiene su origen en el liberalismo que se desarrolló en Inglaterra, a finales del siglo XVII. A diferencia de los demás países europeos (continentales) que a partir de la Edad Media tuvieron como régimen de gobierno la Monarquía Absolutista, Inglaterra ya había ido cambiando hacia la monarquía constitucional, gracias a la revolución de los barones contra el rey Juan Sin Tierra, en 1215, y las luchas para consolidar la fuerza del Parlamento, que llevaron las Revoluciones Inglesas de 1640 y de 1688¹⁹⁸. Las ideas liberales tuvieron, también, sus seguidores en América del Norte. Los principios de libertad y de protección de la persona humana se insertaron en la Declaración de Independencia de las trece colonias inglesas, de 4 de julio de 1776 y en la Constitución de 1787. Esas orientaciones llevaron al pensamiento jurídico a reflexionar sobre la condición humana anterior al Estado. El concepto de contrato social, que culminó con la obra de ROUSSEAU, sirvió de apoyo para demostrar la existencia de los derechos fundamentales¹⁹⁹. La organización estatal contratada o convenida debía ser posterior, un producto, una realización. Aquellos derechos eran anteriores al Estado creado por el pacto, y derivaban de la propia naturaleza de los contratantes²⁰⁰. Así surgió la idea de los derechos innatos, connaturales,

¹⁹⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (*op. cit.*, p. 33) enseña que la crisis de este Estado empieza con el intento de estructurar la sociedad sobre la base de una reciprocidad con derechos y obligaciones entre el individuo y el soberano, siendo decisiva al respecto la teoría de la división de poderes.

¹⁹⁹ Por citar a algunos contractualistas, como bien recuerda CASTÁN TOBEÑAS (*Los derechos del hombre... cit.*, p. 44 y ss), LOCKE fue uno de los primeros, orientando que el ser humano es, por naturaleza, sociable. El estado de naturaleza como realidad social demuestra la existencia de los derechos a la libertad personal, al trabajo y a la propiedad; para garantizarlos se justifica la existencia del Estado. Las restricciones a esa libertad ínsita en la naturaleza, provienen del contrato social, que es una renuncia parcial a los derechos naturales. Luego el Estado no puede negarlos - porque son anteriores y superiores-, sino consolidarlos, aun cuando, por virtud del pacto, se establezcan algunas restricciones. MONTESQUIEU hace una apología de la libertad, formula la teoría de los medios que la garantizan contra la arbitrariedad de los gobernantes. ROUSSEAU edifica todo el orden jurídico y político sobre el principio de la libertad inalienable. PUFFENDORF hizo una extensa exposición de la teoría del estado de naturaleza y sostuvo que era un estado anterior a la convivencia y a la organización política, en el cual se supone que todos eran libres e iguales. Pero, como ello los coloca ante la falta de garantías de tales derechos, los peligros de la violencia y el engaño, por un sentido de auto conservación, se pensó que convenía someterse y constituir un Estado. La filosofía personalista de KANT da un extraordinario relieve al principio de la preeminencia y dignidad de la persona humana; proclama más que la existencia de derechos humanos, la de un único derecho natural de personalidad, el de libertad, que comprendía y resumía todos los demás derechos innatos de la persona.

²⁰⁰ PÉREZ LUÑO (*Derechos Humanos, Estado de Derecho... cit.*, p. 57) escribe que MARITAIN sintetizó la tesis jusnaturalista ante el problema de la positivación cuando afirmó que “la existencia de derechos

que nacían con el ser humano²⁰¹, que le estaban dados al nacer, y que sustentaban el concepto de soberanía popular contra el absolutismo monárquico. Se desarrolló, pues, la idea de que el derecho natural es anterior y, en las materias más importantes, está por encima del positivo; que existen derechos innatos que derivan de la propia condición humana y que son anteriores a la organización política. Los derechos adquiridos, por tanto, son posteriores, secundarios y sólo se añaden a los que ya pertenecían al individuo. Los derechos humanos giran en torno a un sentido de la persona individual considerada en sí misma, no en función de la sociedad. Los derechos que eran inseparablemente individuales y sociales, pasan a ser estrictamente derechos individuales. Son derechos frente al poder político, fundados en una antítesis y una lucha entre Estado e individuo: son derechos frente al Estado.

En Europa continental, Francia ejerció un papel preponderante en la conquista de estos derechos, que se convirtieron en una doctrina de corte político y revolucionario. Con el derrocamiento de la Monarquía Absoluta y la Revolución de 1789, la Asamblea Nacional instituyó el Estado constitucional y liberal con fundamento en el individualismo, triunfo indiscutible de la escuela iusnaturalista clásica. Una confluencia de causas llevó a la promulgación de esas declaraciones, dentro de las cuales se ha de citar la fuerza filosófica de los pensadores; la reacción contra las coacciones y restricciones aplicadas de modo arbitrario e irrazonable sobre el pueblo, y la muestra paradigmática de las revoluciones anglosajonas y americanas, levantando muy especialmente la bandera de la libertad religiosa. Se publicó, en el mismo año, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano orientada por los principios de la

naturalmente inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil el *otorgar*, sino el *reconocer* y sancionar”.

²⁰¹ CIFUENTES (*op. cit.*, p. 27 y ss) afirma que WOLF elaboró la doctrina ética de la perfección, que recibió claras influencias de LEIBNIZ. Contemplaba una *potestas in se ipsum* correspondiente a todo individuo en tanto libre y no esclavo, y, como consecuencia, un *ius in acciones suas*, o sea un derecho frente a cualquier otra persona al libre desarrollo de la actividad física. Al referirse a los deberes que limitan el uso del propio cuerpo, apartó la idea de que se tenga con él un verdadero *dominium*, sin descartar toda facultad sobre tal objeto. Combatía, en realidad, la legitimidad del suicidio.

Revolución²⁰². En efecto, la doctrina de los derechos humanos, dentro de la cual se encontrarían los derechos de la personalidad, se apoyó en la reacción contra el dominio absolutista del poder político sobre el individuo, con la implantación del Estado constitucional. “La libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”, en puridad constituían derechos y libertades públicas del individuo en una relación de derecho público frente al Estado, pero es incuestionable que tuvieron su preeminencia y relevancia en la conformación del concepto de los derechos de la personalidad. La Revolución francesa de 1789, junto con la norteamericana de 1776, inició el reconocimiento de los derechos y libertades del individuo que se encuentran en las Constituciones contemporáneas, considerándolos como principios. En términos generales, se puede afirmar que la teoría de los derechos innatos, contemplada en el ámbito político con la Declaración de 1789, no llegó a tener una clara repercusión en la ley civil francesa. El Código Napoleónico y las leyes que se elaboraron bajo su impulso, patrimonialistas por excelencia, no dedicaron normas explícitas, ni adecuadas, por ejemplo, a la regulación de los derechos de la personalidad²⁰³. El Código de 1804 rigió el ordenamiento francés como si fuera una Constitución, funcionando como el pilar fundamental de la sociedad civil. Regulaba un derecho privado autónomo en el que la libre iniciativa particular, la propiedad privada, y, en definitiva, el desenvolvimiento del individuo, tenían su normativa precisa²⁰⁴, representando el escudo del individuo frente a

²⁰² CIFUENTES (*op. cit.*, p. 30 y ss) asegura que JELLINEK planteó que los derechos adquiridos tras las Revoluciones eran proclamados en oposición al ordenamiento político preexistente. Porque había censura, se proclamó la libertad de prensa, porque dominaba la constricción de la conciencia, se proclamó la libertad de la fe. Todas las libertades son la negación de restricciones anteriores. Había una religión impuesta, había una coacción, por ello se proclamó la libertad religiosa; la prohibición de agruparse ha provocado la libertad de asociación.

²⁰³ Se trataba de la lucha de una sociedad que con la ruptura de las estructuras feudales buscaba apoyo político adecuado al funcionamiento de una economía más libre, basada en el desarrollo de la industria y el comercio. De ahí la importancia conferida al derecho de propiedad como fundamento de la seguridad individual del burgués. En realidad, la construcción individual de la “voluntad general” exigía ciudadanos “ilustrados” que tuviesen tiempo para cultivarse y que vieses la realidad de modo distorsionado por necesidades (materiales) que les perturbaran. De ahí que se reservara el derecho de voto y el de ser electos a los propietarios, una nueva aristocracia. La propiedad, entonces, se convertía en una condición objetiva de la garantía de “libertad”.

²⁰⁴ Como afirma HESSE (Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado...cit.*, p.38) así llegó el Derecho Privado a ser el Derecho constitutivo de la Sociedad burguesa, junto al cual el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria. Le correspondía incluso una primacía material frente al Derecho Constitucional.

las intromisiones del poder público²⁰⁵. En este sentido, BELTRÁN DE HEREDÍA Y CASTAÑO justifica el carácter estrictamente privatista de la protección de la personalidad al no existir otra norma, fuera del Código Civil, que la estableciera de forma positiva²⁰⁶. Aún así, como escribe CARMEN GARCÍA PÉREZ, citando a PERREAU y a COING, la jurisprudencia francesa, tomando como base la cláusula general del art. 1.382 del *Code*, fundamentó una de sus decisiones en la existencia de unos bienes o intereses que serían los más preciados para el ser humano²⁰⁷. Tal sentencia se basó en la tradición romanista y en la de los países en los que la *actio legis aquilae* creó un precepto general de sanción frente a las actuaciones ilícitas, posibilitando una indemnización por daño moral en las lesiones corporales también en los ataques a bienes inmateriales como el honor. Tales preceptos generales sustituyeron a la antigua *actio iniuriarum* del Derecho romano específicamente prevista para estas violaciones.

Siguiendo este razonamiento, con la victoria de los burgueses y la apelación al cientificismo y a la razón, se enaltece el racionalismo jurídico y el estudio del individuo en el Estado²⁰⁸. El jusnaturalismo racionalista tiene preocupaciones por el ser humano en cuanto tal, las cuales tuvieron su reflejo en la doctrina y en algunos ordenamientos

²⁰⁵ Raymond LINDON (*Les droits de la Personnalité*. Dalloz: Paris, 1983, p. 276) afirma que “le Code civil consacre aux «vues su la propriété de son voisin» six articles du Titre «des servitudes ou services fonciers» dont certains sont de ceux, très rares, qui n’ont jamais été modifiés depuis la promulgation de 1804, et qui sont si directement hérités d’un passé traditionnel que les mesures y sont indiquées à la fois en décimètres et, entre parenthèses, en pieds, pouces et lignes? La vie privée apparaît bien ainsi, en France, comme un domaine jalousement gardé et clôturé”.

²⁰⁶ BELTRÁN DE HEREDÍA Y CASTAÑO, *op. cit.*, p. 37

²⁰⁷ GARCÍA PÉREZ, C. *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2001, p. 19-20. Citando a PERREAU, M. E. H. “Les droits de la personnalité” *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1909, p. 502 y ss.; y a COING, H. *Derecho privado europeo*, trad. Pérez Martín, Madrid, 1996.

²⁰⁸ En la época de la Monarquía Absoluta, como escribe BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (*op. cit.*, p. 33) la ley se identificaba con la voluntad del soberano (*princeps legibus solutus*). La lucha del Rey con la Nobleza y con el Clero fomentó la posibilidad de la creación de un tercer brazo o estado, el de la burguesía. Con su actividad artesanal y comercial llegó a adquirir la fuerza económica suficiente para construir una verdadera clase social, obteniendo de la Corona – como contrapartida de sus servicios – el reconocimiento de algunos derechos personales. Eso se puede identificar como un acuerdo o pacto político, con la consecuente formación de una lucha de clases. Por supuesto, dicha lucha no estaba basada en el principio de igualdad, pues respondía al deseo de la burguesía, que considerándose desigual quería obtener los privilegios que la Nobleza y el Clero tenían. Las prerrogativas del Rey no se discutían y él continuaba ostentando poderes absolutos, con total predominio de su autoridad. Los derechos conquistados por los burgueses estaban a merced del Soberano. No se podía hablar aquí de una auténtica protección de la personalidad, completa y como valor propio e independiente.

jurídicos. Esta línea de pensamiento indicaba que el derecho civil debería ser sistematizado y codificado en un único cuerpo legislativo, cristalizando en él todas las categorías jurídicas destinadas a proteger la vida del individuo, pues, de este modo, se imaginaba que se estaría concediendo seguridad jurídica a las relaciones humanas. No obstante, la sistematización exagerada implicó una petrificación del Derecho en categorías estancas, denotando que el ordenamiento jurídico sería aplicado desde un sistema cerrado y pleno, supuestamente sin lagunas²⁰⁹. En este contexto, se inició el cientificismo jurídico del siglo XIX – que se originó a partir de la tesis de la Escuela Histórica del derecho, pasando, en Alemania, por la Pandectística y la Jurisprudencia de Conceptos, y en Francia por la escuela de la Exégesis – y que vino comúnmente a denominarse con el término “iuspositivismo”, corriente según la cual no existe derecho natural alguno, y que sólo admite, en consecuencia, la existencia de un derecho positivo²¹⁰. Tales escuelas, por su parte, también se ocuparon de estudiar la teoría de los derechos de la personalidad. La Escuela Histórica y, en general, el positivismo jurídico del siglo XIX descartaron la idea de la existencia de los derechos naturales. Considerando el matiz político que había llegado a tener dicha teoría, los pandectistas y civilistas se inclinaron por otra manera de conceptualizar los derechos de la personalidad. Intentaron hallar fundamentos distintos en la categoría del derecho general de la personalidad y en la manera de la protección de la personalidad humana, la cual todavía era tutelada por la *actio iniurarium*. Una de las conclusiones de estas escuelas negaba la existencia de una categoría jurídica destinada exclusivamente a proteger la personalidad humana. En líneas generales, el positivismo jurídico²¹¹ cuestionaba lo que se manifestaba como juicio de

²⁰⁹ BELTRÁN DE HEREDÍA Y CASTAÑO (*op. cit.*, p. 37) divide el fenómeno Codificador en tres etapas: 1) La primera, dominada por las ideas iusnaturalistas de los derechos innatos, (Austria, Código civil 1797) protección meramente privatista de la personalidad; 2) La segunda, que se inicia la protección publicista, junto con la privada, ya en el siglo XX: argumentos de carácter público y de orden social, que dan un tipo de protección diferente (Código Civil Alemán 1900); 3) La tercera: final de la segunda guerra mundial: intento de considerar la protección de la personalidad en términos sustanciales y no meramente formales: Declaraciones Internacionales de Derechos.

²¹⁰ MEDINA MORALES, Diego. “Persona y personalidad en la teoría pura del derecho” en *Personalidad y capacidad jurídicas* 74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho De Córdoba, Tomo II, Rafael Casado Raigón y Ignacio Gallego Domínguez (coord.), Córdoba, 2005, p.833-851.

²¹¹ Sobresaliendo la Escuela Positivista, el estudio del Derecho se inclinó hacia una transformación en una verdadera ciencia. Tenía como modelo las ciencias físicas y matemáticas, haciendo la distinción entre

valor, reconociendo como fuente única del derecho la voluntad del Estado. Lo que se percibe, pues, es un estancamiento de la evolución de la tutela de la personalidad humana y, por vía de consecuencia, una pérdida de fuerza de la teoría de los derechos de la personalidad. En este contexto, el positivismo jurídico y la teoría de los derechos innatos provocaron la bipartición de la tutela de la personalidad en dos líneas jurídicas: los derechos públicos de la personalidad (defensa de la persona frente al Estado) y los derechos privados de la personalidad (entre particulares)²¹². Las Constituciones del siglo XIX y de comienzos del XX tratan de encajar, pues, todos estos derechos en el ordenamiento jurídico positivo, como derechos públicos subjetivos. Para dar cabida a este fenómeno se utilizó la tesis de la autodeterminación por el propio Estado de sus potestades, inclinándose, en cierta forma, por la idea de que tales derechos públicos subjetivos eran derechos del individuo como miembro del Estado²¹³.

Sin embargo, conviene señalar que fueron los autores germánicos los precursores e innovadores en la definición y ubicación de estos derechos en la esfera civil. Los juristas germanos, en el campo privado, desarrollaban y debatían el tema de un derecho general de la personalidad. Dada esa posición, no solamente se produjo la consolidación publicística, revolucionaria y política, sino que, a la vez, se expandió en la doctrina civil, filosóficamente estructurada, el estudio de los derechos de la propia persona. La tutela de la personalidad en el ámbito de los derechos públicos, en esta época, se invocaba por la actuación de los derechos fundamentales de la Constitución. En el aspecto privado, se concedía la tutela como la comprendida en algunos derechos de la personalidad

juicio de hecho y juicio de valor. Buscaban eliminar todos los juicios de valor ya incorporados y las nociones metafísicas de las ciencias jurídicas, lo que se identificó como una de las facetas de la teoría pura del Derecho.

²¹² Enseña PÉREZ LUÑO (*Derechos Humanos...* cit., p. 59-60) que el progresivo descrédito de la teoría de los derechos naturales en las ciencias jurídicas a finales del siglo XIX, motivado en gran parte por la crítica del positivismo jurídico, determinó la aparición de la categoría de los derechos públicos subjetivos. Surgieron como una alternativa pretendidamente técnica y aséptica a la noción de los derechos naturales. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS (*Los derechos del hombre...* cit., p. 47 y ss) relata que a finales del siglo XIX y sobre todo en el inicio del siglo XX, se presencia una fuerte decadencia de la filosofía empirista y formalista que había imperado durante casi todo aquel siglo. Posteriormente, un movimiento espiritualista y ético plasmó la restauración del iusnaturalismo tradicional, aunque adaptado a las exigencias del pensamiento contemporáneo y con una tendencia fuertemente restrictiva en cuanto al ámbito y contenido del Derecho natural.

²¹³ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos del hombre...* cit., p. 47.

tipificados en la ley, sustancialmente reconocidos en el ámbito penal. El derecho alemán, el austriaco y el suizo del siglo XIX no fueron influidos de forma inmediata por el nuevo ordenamiento jurídico surgido tras la Revolución Francesa y las ideas de la Ilustración, pero de forma innovadora teorizaron sobre la tutela de la personalidad, dando lugar a la formulación y aplicación del derecho general de la personalidad, la cual parece tener conexión con la teoría del *ius in se ipsum*, pero con matices propios²¹⁴. Se desarrolló, pues, esta teoría en Alemania a partir de las tesis de NEUNER, GIERKE, KOHLER y HUBER, quienes defendían la existencia de un único derecho general de personalidad, rechazando la teoría de que sólo existieran los derechos de la personalidad tipificados²¹⁵. Esta idea fue aplicada por el Tribunal Supremo del Reich en Alemania y también se incluyó en la legislación civil suiza de 1907²¹⁶. La concepción germana abrió la discusión doctrinal que luego se extendió a Francia e Italia. Sin embargo, su implantación positiva tardó mucho y, en algunos casos, dicho reconocimiento todavía no es efectivo. El tema de la existencia de un derecho general de la personalidad o de varios derechos de la personalidad alcanzó mayor importancia y difusión después de la Segunda Guerra Mundial.

Examinando el periodo de entreguerras, se percibe que la expansión y la creación de máquinas fruto de la Revolución Industrial, que creció mucho después de la Primera

²¹⁴ DE CASTO, Federico. “Los llamados derechos de la personalidad”... cit., p.885.

²¹⁵ NEUNER (1886), como relata CIFUENTES (*op. cit.*, p. 33-34), decía que había un derecho de la persona sobre ella misma, a ser reconocida y tratada como ser humano y a ser reconocida y tratada como sujeto. Consideró que se trataba de la más próxima derivación de la capacidad jurídica. Su contenido, entre otros, es la pretensión del reconocimiento de la propia capacidad jurídica; ésta, en sí, no es parte del derecho de la persona pero sí condición preliminar de ella como de todos los otros derechos. CIFUENTES (*op. cit.*, p. 35) escribe que KHOLER admitía que no existían *derechos* en tal sentido, sino *uno* sobre un complejo de bienes personales, de la propia fuerza física, intelectuales etc... único y que puede ser violado de diversas formas.

²¹⁶ En el Código Civil Alemán de 1900 no estaba prevista una clausula general de protección de la personalidad humana. Antes el Tribunal Supremo entendía que el nuevo ordenamiento civil protegía sólo la personalidad humana en el §826 y en el §823(2), si no se trataba de lesión dolosa contra las buenas costumbres. En Suiza se reguló expresamente el derecho general de la personalidad en el art. 28 de la Ley de 1907. La protección se daba por medio de tres medidas judiciales: la cesación de la perturbación, la reparación por pérdidas y daños, y la reparación por daños morales (no había esta última reparación a menos que fuera una situación excepcional, dada la gravedad del daño, por ello que no era amplia y completa, pues el legislador temía que esta previsión se convirtiera en un comercio). La jurisprudencia amplió, pues, el campo de pretensiones en esta materia: pretensión preventiva, pretensión de constatación y la pretensión de legítima defensa (*vid: SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade... cit.*, p. 45-46).

Guerra Mundial, provocaron un aumento expresivo del número de accidentes de trabajo. Esta circunstancia llevó a la difusión de los estudios y acciones en el campo de los derechos de la personalidad, pues se buscaba un mayor tratamiento igualitario, también para mensurar los daños extra-patrimoniales. Surgieron, pues, nuevas teorías que concedían mayor protección a las víctimas. Este contexto de cambio social, económico y político impulsó tanto la preocupación como la mayor dedicación al estudio de la teoría de los derechos de la personalidad²¹⁷. Ante las nuevas condiciones del progreso, de la técnica, del refinamiento de las ideas sobre la condición humana y social de la persona, aflora una mayor valoración de las doctrinas jurídicas que pretenden preservar la dignidad, la inviolabilidad personal, la autonomía personal y la vida interior y privada. No se puede olvidar que el cambio que hizo la mencionada Revolución en la sociedad motivó, igualmente, que la mayoría de la población se mudase del campo hacia la ciudad, i. e., paulatinamente la sociedad dejó de ser típicamente agraria para convertirse en una sociedad urbana. Esta transformación, además de la mayor participación de los individuos en el ejercicio del derecho de sufragio aumentó y difundió la idea de la necesidad de protección de los derechos de la personalidad. Estos factores han contribuido decisivamente a la creación de una mayor sensibilidad hacia tales derechos, tanto desde la perspectiva individuo-Estado, como desde la perspectiva Estado-individuo. Desde el punto de vista del individuo, tras el fin de la Segunda Guerra, el Derecho ha podido ofrecer a los derechos humanos y, en consecuencia, a los derechos de la personalidad, más soportes morales a través de un fuerte movimiento de superación del positivismo jurídico y de exaltación de los valores de la persona humana, guiado por las concepciones del humanismo y del personalismo jurídico. Además de estas ideas, los nuevos planteamientos que se exigían del Estado reclamaron que éste obtuviera información sobre el individuo, dado que los entes públicos y privados la requerían (y todavía requieren) para el desarrollo de la sociedad y para la configuración y el logro de

²¹⁷ Como admite HESSE (Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado...* cit, p. 69) aquí se inicia el cambio de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado, período que expresa un cambio de las tareas, la cualidad y las funciones de estos sectores jurídicos, cuyo momento decisivo coincide con el final de la Primera Guerra Mundial. Este cambio se ha transformado por la necesidad interna desde la originaria yuxtaposición incomunicada de ambos ámbitos en una relación de recíproca complementariedad y dependencia.

los objetivos del *Welfare State*. En este sentido, para que hubiera una administración pública eficaz, se tornó imprescindible el conocimiento informado sobre los gobernados, combinado con un eficiente control social, ofreciéndose así mayor seguridad en la prestación de servicios estatales a los administrados²¹⁸.

En este contexto, PÉREZ ROYO plantea la relevancia de la evolución de los derechos de la personalidad desde el punto de vista del individuo hacia los demás. Razona que el habitante de la ciudad, anónimo y, en consecuencia más autónomo que el aldeano, depende de los demás mucho más de lo que dependía éste. La vida del que vive en la ciudad depende por completo de la organización de la sociedad y, por tanto, se convierte en un sujeto de relaciones sociales y políticas en las que interviene con voluntad propia. Su personalidad es el criterio para relacionarse con sus pares. Por ello, dicha personalidad propia es el rasgo que los demás le reconocen, y adquiere un valor tanto interno, para el propio individuo, como externo, para la sociedad. La valoración de una persona de sí misma es de suma importancia desde una perspectiva psicológica, pues si uno no se valora a sí mismo, es difícil que lo valoren los demás. Los derechos de la personalidad surgen, pues, desde esta perspectiva para ser una garantía, en la medida de lo posible, del control por parte de cada persona de la forma de presentarse ante los demás para ser valorados²¹⁹.

Siguiendo esta línea, analiza también PÉREZ ROYO, con acierto, los derechos de la personalidad desde una perspectiva democrática. Afirma que una democracia digna no puede afirmarse sin el reconocimiento de los derechos de la personalidad. Si los ciudadanos no estuvieran protegidos por los derechos de la personalidad frente al uso que se puede hacer de la información que existe sobre ellos, su libertad para tomar decisiones en la sociedad civil se vería extraordinariamente limitada y su autonomía gravemente comprometida. En consecuencia, también estarían afectadas sus decisiones en sus

²¹⁸ CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. “A disciplina normativa brasileira sobre a intimidade e os bancos de dados” in *Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 09, n.18, Segundo Semestre 2007, p.56-84.

²¹⁹ PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho...* cit., p.372.

relaciones políticas. Si se conculcan los derechos de la personalidad, la formación de la voluntad general, que debe poder constituirse libremente a partir del ejercicio del derecho de sufragio por millones de voluntades anónimas y autónomas integrantes del cuerpo electoral, resultaría imposible o estaría muy condicionada²²⁰. En la misma dirección, plantea HESSE de forma procedente que quien no es capaz de decidir sobre sus asuntos o no está dispuesto a ello, y quien no responde sobre sus propias acciones, difícilmente podrá cuestionar adecuada y responsablemente los asuntos de trascendencia general, pues sólo en personas que piensan, juzgan y actúan por sí mismas descansa el potencial de nuevas ideas, concepciones e iniciativas, irrenunciables para la sociedad, sin las cuales ésta con el tiempo habrá de empobrecerse, si no fosilizarse, cultural, económica y políticamente, y de las cuales se depende, de forma creciente, en un tiempo de cambios fundamentales²²¹. Por ello, dado el cariz democrático de la positivación de los derechos de la personalidad, la protección a dichos derechos empieza a tener un matiz público, pero sólo después de la Segunda Guerra Mundial adquiere un efectivo contenido publicista, desplazándose del puro campo de los Códigos Civiles²²² al típicamente constitucional²²³. Dentro de este contexto histórico, económico, filosófico, fáctico y jurídico se lleva a cabo, pues, la inserción de los derechos de la personalidad en el seno del constitucionalismo contemporáneo.

²²⁰ *Íd.*, p.373.

²²¹ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado...* cit., p. 87-88.

²²² Opina CORDEIRO (António Menezes. “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa”...cit., p. 1230) que la falta de estudios universitarios y el exceso de positivismo que dominó toda la primera parte del siglo XX conllevaron que sólo tardíamente los derechos de personalidad fuesen estudiados con más detenimiento.

²²³ En esta línea, durante el *iter constituyente* alemán se insertó en la Ley Fundamental de Bonn (arts. 1º y 2º) una cláusula general de protección de la personalidad humana, lo que representó el renacimiento del derecho general de la personalidad, que irradiaría, posteriormente, a los ordenamientos jurídicos europeos y occidentales democráticos. Dada esta inclusión, se interpreta que el derecho general de la personalidad está inserto en el principio de la dignidad de la persona humana y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, a través del ordenamiento jurídico, se garantizan algunos derechos subjetivos que tienen por fin la tutela de tales bienes inherentes a la naturaleza humana.

1.5 El concepto y la naturaleza de los derechos de la personalidad

1.5.1 El concepto de los derechos de la personalidad

Antes de empezar, *in concreto*, la labor descriptiva del cometido de los derechos de la personalidad, conviene establecer un concepto sobre el cual se van a basar las demás cuestiones adyacentes. Elaborar un concepto no es una tarea fácil. Las distintas concepciones y digresiones diversas que aparecen cuando se habla de los derechos de la personalidad aportan más dificultad al intento de conceptuar tales derechos. En este sentido, para identificar mejor los argumentos que la doctrina moderna suele emplear a la hora de la creación de un concepto fiable y seguro, creo prudente centrarme en algunas opiniones doctrinales a respecto. SILVIO ROMERO BELTRÃO defiende que los derechos de la personalidad son la categoría de derechos subjetivos que, fundados en la dignidad de la persona humana, garantizan el goce y el respeto al propio ser, en todas sus manifestaciones espirituales o físicas²²⁴. Plantea ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES que el objeto de los derechos de la personalidad son las proyecciones físicas o psíquicas de la persona, o sus características más importantes. Los derechos de la personalidad son una categoría especial de derechos, distinta de las demás, pues protegen la esencia de la persona y sus principales características²²⁵. Conviene, también, hacer referencia a la opinión de CARLOS ALBERTO BITTAR, quien afirma que los derechos de la personalidad deben ser comprendidos como los propios de la persona en sí misma (originarios), existentes por su naturaleza como ser humano, desde el nacimiento, y que también se añaden a ellos los derechos referentes a las proyecciones de la persona en el mundo exterior, i. e., la persona entendida como ente moral, social, derechos desplegados por la actuación del individuo en la sociedad²²⁶. Sostiene en este mismo sentido SZANIAWSKI, que, dentro de los derechos que tienen por objeto proteger al individuo, se encuentra una categoría de derechos que son los “primeros derechos”, derechos

²²⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p.25.

²²⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de...cit.*, p. 20.

²²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos...cit.*, p. 01.

fundamentales que tienen por finalidad tutelar a la persona, individualmente, frente a toda serie de ataques²²⁷. Son estos “primeros derechos” los derechos de la personalidad, los cuales consisten en la protección de los atributos de la personalidad humana. Por su parte, JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS los concibe como los derechos que se ejercen sobre la propia persona o sobre determinadas cualidades o atributos, físicos o morales, de la persona humana²²⁸. GARCÍA GARNICA los plantea como los derechos subjetivos en virtud de los cuales se reconocen a su titular las facultades de goce y protección de los atributos e intereses esenciales e inherentes a su persona²²⁹. BUSTOS PUECHE los considera como los instrumentos ideados por el ordenamiento jurídico para que el ser humano satisfaga sus necesidades, para conseguir el pleno goce y disfrute de aquellas manifestaciones esenciales de su personalidad y que conforman una categoría especial de derechos subjetivos que, fundados en la dignidad de la persona, garantizan el goce y el respeto de su propia entidad e integridad, en todas sus manifestaciones espirituales y físicas²³⁰. Opina BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO que se tratan de unas figuras jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como una emanación o atributo íntimo y entrañable, relativos a bienes personales en cuanto forman parte de nosotros mismos, teniendo consiguientemente un contenido ideal, “inmaterializado”²³¹. Defiende CIFUENTES que son derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto las manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extra-patrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse de ellos en forma absoluta y radical²³². Para ROMERO COLOMA los derechos de la personalidad constituyen una amplia y heterogénea serie de prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu,

²²⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela...cit.*, p. 70 y ss.

²²⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Los derechos del Hombre...cit.*, p. 24.

²²⁹ GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *El ejercicio de los Derechos de la Personalidad del Menor no Emancipado*. Editorial Aranzadi, 2004, p. 76.

²³⁰ BUSTOS PUECHE, José Enrique. *Manual sobre los bienes y derechos de la personalidad...cit.*, p.43.

²³¹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. *Construcción jurídica ...cit.*, p.22

²³² CIFUENTES, (*op cit.*, p.29 y ss) aporta algunas características que la doctrina inicial solía atribuir a dichos derechos. Influidos por la teoría *ius in se ipsum*, NEUNER decía que se trata de un derecho de la persona para ser fin en sí misma, afirmándose y desenvolviéndose en este sentido; GAREIS sostenía que los *iura hominis in se ipsum*, que protegían la individualidad y se concebían sobre la propia persona, también se unían a la categoría de los derechos de autor, nombre, nombre comercial, marca, patente, etc...

asegurando al sujeto el respeto a su personalidad física y moral²³³. DÍEZ DÍAZ sostiene que son los derechos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones, psíquicas o físicas, de la persona misma. Aduce que sin dichos derechos, los restantes derechos subjetivos perderían todo interés y llegarían a desaparecer²³⁴. En este sentido, ADRIANO DE CUPIS alega que la denominación de derechos de la personalidad es la reservada a los derechos subjetivos cuya función, en lo relativo a la personalidad, constituye el *minimum* necesario e imprescindible de su contenido. Quitados ellos, se destruye la personalidad misma, pues integran el núcleo más profundo e inherente a la personalidad²³⁵.

Como es evidente, se pueden extraer algunas consideraciones convergentes de todos los conceptos mencionados. Voy a intentar relacionarlos: la personalidad es el fundamento de todos los derechos y deberes que de ella emanan; es también el primer bien de la persona; sirve de criterio para adquirir, evaluar y ordenar otros bienes; la personalidad, por su carácter de originalidad, es el medio para el pleno goce y ejercicio de los demás bienes; la personalidad informa tanto la capacidad de hecho (ejercicio de derechos) como la capacidad de derecho (ser titular del goce de los derechos); de la personalidad emanan las manifestaciones, los atributos de la persona que constituyen parte de su esencia, hasta el punto de que su goce y disfrute resultan enteramente ineludibles para el desarrollo integral de la persona; estas manifestaciones, estos atributos son los que se denominan *bienes de la personalidad*²³⁶. Por lo expuesto, se caracterizan los *derechos de la personalidad* como los derechos subjetivos, fundados en la dignidad de la persona humana, que tutelan la manifestación de los *bienes de la personalidad*, es

²³³ ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Los bienes y derechos de la personalidad...cit.*, p. 125.

²³⁴ DÍEZ DÍAZ, Joaquín. *¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?...cit.*, p. 23.

²³⁵ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Livraria Morais Editora (Coleção Doutrina): Lisboa, 1961, p. 17 y ss.

²³⁶ Como explica BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (*op. cit.*, p. 73) “si el concepto de bien debe ponerse en relación con la utilidad que algo representa para el sujeto, en cuanto sirve para satisfacer el deseo o el estímulo de una necesidad, no se comprende que pueda haber bienes más deseados que los conectados con la propia persona, como la vida, la integridad física o moral, la intimidad, el honor, la libertad (...) No son las cosas ni los objetos en general los que el derecho aprecia, sino la relación necesidad bien-interés que en torno de los mismos existe. En cuanto ese interés es tutelado, por reputarse digno de protección, y ésta efectivamente se concede, se estará en presencia de auténticos derechos subjetivos.

decir, los atributos, los caracteres intrínsecos e inherentes de la persona, que tienen como fin posibilitar el goce de las facultades que se exigen para su completo, libre y digno desarrollo.

Como ya se ha relatado, tradicionalmente, a la hora de proteger a la persona se pensaban más en lo que la persona tenía, que en lo que la persona era en sí misma. Por ello han sido objeto de tutela jurídica, sobre todo, los bienes externos de la persona, necesarios para la satisfacción de sus necesidades materiales²³⁷. La persona para el Derecho Civil era considerada como un sujeto titular de derechos subjetivos o como sujeto de la relación jurídica, no se razonaba sobre la persona en sí misma. El cambio de enfoque del sistema jurídico, ya mencionado, impuso que la persona en sí misma considerada mereciera también una tutela, es decir, que sus bienes internos, intrínsecos, deberían tener protección jurídica. Se ha de inferir, por tanto, que la evolución jurídica en este sentido confirmó que lo más importante de la persona es ella misma, esto es, que es más importante *ser* que *tener*. Desde este punto de vista, la persona se torna el eje central sobre el que gira el Derecho, y hacia ella, de forma directa o indirecta, van dirigidas las normas y por ella son creadas. En cuanto tal, la persona es capaz de ser titular o sujeto de relaciones jurídicas, de derechos y de obligaciones. La persona aparece, pues, dotada de un poder jurídico que debe ser amparado y previsto por el Derecho objetivo. Este poder se manifiesta mediante el otorgamiento de una serie de facultades jurídicas para proteger bienes y atributos de diversa naturaleza, que constituyen los denominados derechos subjetivos²³⁸. Ya en el inicio de la construcción jurídica de los derechos de la personalidad, fue esta, sin sombra de dudas, la primera dificultad con la cual se toparon los juristas.

²³⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (Luis-Humberto. “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad” en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, 1984, pags. 101-116.) relata que una vez SCHOPENHAUER aseveró que “lo que diferencia la suerte de los mortales puede reducirse a tres condiciones fundamentales: lo que uno es, lo que uno tiene, lo que uno representa”. Concluye CLAVERÍA GOSÁLBEZ que ello significa que los intereses humanos versan sobre las esferas del ser, del tener y del representar; y si los intereses versan sobre dichas esferas, será asimismo respecto de ellas donde acaezcan los conflictos de intereses.

²³⁸ ESTRADA ALONSO, Eduardo. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo*. Editorial Civitas: Madrid, 1989, p. 37-38.

1.5.2 La naturaleza de los derechos de la personalidad

En efecto, el centro del problema de la aceptación de los derechos de la personalidad ha sido el de evitar el planteamiento de que la persona era al mismo tiempo el sujeto y el objeto del derecho²³⁹. En torno a este punto, hubo dos corrientes principales que debatieron el tema²⁴⁰. Una de ellas es *la contraria a su clasificación como derechos subjetivos*, la cual estimaba que no podían ser derechos subjetivos los derechos de la personalidad porque la persona siempre ha de ser el sujeto de la relación jurídica²⁴¹. Parte de que cuando se habla de derechos de la personalidad se pone de relieve que el objeto de estos derechos es la propia persona o, cuando menos, ciertas facetas. Argumenta que esta idea implicaría una confusión sujeto-objeto, y la persona pasaría a ser objeto de sí misma, además de que tal teoría poseía un punto de partida demasiado vago, que no respondía a auténticas realidades, ni se materializaba en bases concretas. Su validez era verdaderamente problemática y su alcance meramente relativo. Añade esta corriente que las manifestaciones personales no tienen vida real fuera del sujeto, ni éste puede descomponerse o desdoblarse en sus distintas proyecciones. En este sentido, se encontró dificultad en reconocer un derecho general de personalidad (o incluso derechos de personalidad aislados). Se afirmaba que la estructura de estos derechos no se correspondía con la concepción de relación jurídica, pues la relación con otra persona o el dominio sobre un objeto del mundo exterior, el reconocimiento de un individuo a un derecho sobre sí mismo, sería legitimar el suicidio. Se afirmó también que no había posibilidad de decidir sobre el nacimiento y la extinción de los aludidos derechos, tampoco sobre su transmisibilidad y renunciabilidad, y por ello no podrían ser derechos subjetivos. Algunos de los partidarios de esta corriente negaban la existencia de los

²³⁹ LÓPEZ JACOISTE: “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, nº 4, 1986, p 1059-1120 (p.1070).

²⁴⁰ Esta discusión que se inició con la clásica teoría del *ius in se ipsum*, la cual, como se ha dicho, consideraba que el único objeto posible de estos derechos es la persona como cualidad, es decir, la personalidad. Existiría un sólo derecho ya que los demás serían emanaciones o derivados de la personalidad, carentes de propia autonomía jurídica, en cuanto carecerían de objeto propio e independiente.

²⁴¹ DÍEZ DÍAZ, (*op. cit.*, p. 4 y ss.) revela que esta postura arranca en la doctrina alemana de SAVIGNY, THON, ENNECERUS, OERTMANN, VON TUHR.

derechos de la personalidad, pero aceptaban que la personalidad humana debería ser tutelada por el derecho penal. Se compartía la idea de que los actos amorales eran atentados contra las buenas costumbres y que merecían una pretensión civil de reparación del daño a la víctima. Se rechazó, por tanto, la existencia de los derechos de la personalidad, pues se afirmaba que la personalidad se reducía a la mera capacidad del ser humano de tener derechos y obligaciones. La personalidad sería el presupuesto fundamental de todo y cada uno de los derechos, y por ello no se admitiría que fuera el objeto de una clase especial de derechos. Se cuestionó si los derechos de la personalidad constituyen auténticos y perfectos derechos subjetivos o simplemente se trataban de meros efectos reflejos dimanantes del derecho objetivo, mediante los cuales se concede una abstracta protección jurídica general a las diferentes manifestaciones de la persona, pues si el derecho subjetivo suponía siempre un deber jurídico que hiciera posible el respeto a una determinada pretensión, estos penetrarían en el círculo del deber jurídico que pesa sobre todos en el sentido de que no pueden ser ilegítimamente atacados y vulnerados. Se planteó que las proposiciones jurídicas son normas, y solamente normas, y que todo derecho no es sino un complejo de imperativos. El derecho de la personalidad también consistía en la protección de los bienes que la persona goza por el lado externo, y no en el uso que el sujeto hace de su fuerza física e intelectual. El goce de los bienes personales no se encuadraba, por consiguiente, en el concepto de derecho subjetivo. Se planteó que la vida, la integridad corporal, el honor, etcétera, no constituyen derechos subjetivos de la persona porque precisamente integran la persona misma. Se tratarían de bienes personales, de presupuestos jurídicos protegidos por la ley; pero sin que constituyeran derechos subjetivos propios. Se negó el derecho de ser persona y que los de la personalidad lo fueran sobre la propia persona, porque ésta sería inescindible. Se razonó que era un inconveniente el modo de distinguir el objeto del sujeto, circunstancia que es fundamental para la teoría del derecho subjetivo. Se sostuvo que el derecho subjetivo tiene por indispensable la separación entre el sujeto que ejerce el poder y el objeto sometido, y que para tal configuración sería imprescindible que éste tuviera una

verdadera y propia determinada individualidad, hecho que no se estimaba presente en la tesis de los derechos de la personalidad²⁴².

Hay que decir que, en líneas generales, esta teoría se basa en tres pilares. En primer lugar, afirma que el derecho subjetivo presupone una distinción nítida entre el sujeto y el objeto, y que cuando se trata de analizar este concepto desde la perspectiva de los derechos de la personalidad, esta distinción no está clara, habiendo una confusión en este supuesto. La tesis de la inclusión de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos consideraría que existe un derecho sobre la propia persona, lo cual era dogmáticamente insostenible. De otra parte, sostiene que el contenido de estos derechos sería meramente negativo, es decir, que tales derechos no atribuirían potestad alguna a la persona sobre sus propios valores, sino un mero derecho a la reparación por cualquier lesión que sufriera en este sentido, pues para el reconocimiento de los derechos de la personalidad no sería necesario calificarlos como derechos subjetivos, sino que bastaría considerarlos como bienes jurídicos merecedores de tutela jurídica (*neminem laedere*). Por último, alega esta teoría que es imposible hacer un catálogo o una tipificación de los llamados derechos de la personalidad.

Por otro lado, surgió una posición doctrinal que concebía *los derechos de la personalidad en cuanto derechos subjetivos*²⁴³, la cual afirmó que el objeto de esa protección era la manifestación de los bienes de la personalidad de la persona humana. Los derechos de la personalidad varían, pues, según su naturaleza esté representada en el interés, en la utilidad o en la satisfacción de tales bienes, lo que no implica que se identifiquen con el sujeto del derecho subjetivo, con la persona titular. Son los derechos

²⁴² Algunos de los principales argumentos y teóricos pueden ser encontrados en la obra de TUHR, Andreas Von. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*, (traducido directa del alemán por Tito Ravá; presentación de la edición por Celestino Pardo; prólogo por Tullio Ascarelli). Madrid [etc.] Marcial Pons, 1998, p. 151 y ss.

²⁴³ CIFUENTES (*op. cit.*, p.147 y ss) cita como defensores de esta tesis LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ, BELTRÁN DE HEREDÍA, DÍEZ-PICAZO, MESSINEO, DE CUPIS, RUGGIERO, FERRARA, VENZI, COVIELLO, ROTONDI, DEGNI, GANGI, BARRERO, PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, MARTY y RAYNAUD, ERRO Y ALMANZA, y CAMPOGRANDE.

de la personalidad realidades mucho más amplias, con manifestaciones y facultades diversas, y no todas ellas estarían tipificadas por el Derecho positivo. Se plantea que lo que caracteriza la existencia del derecho subjetivo para su titular es la posibilidad de ejercerlo y defenderlo. Se afirma que los bienes que satisfacen las necesidades y aspiraciones del ser humano, y respecto a los cuales éste tiene intereses, pueden encontrarse fuera o dentro de él. Por ello, el derecho subjetivo, como técnica de protección de esos intereses, abarca también los derechos de la personalidad. Se sostiene que el sujeto constituiría el ser humano en su totalidad, como unidad completa, mientras que el objeto de cada uno de los derechos sobre la persona consistiría en una manifestación o faceta determinada, física o moral de la personalidad. Se defiende que el objeto no debe centrarse en la persona o alguna de sus partes, sino que debe situarse en una obligación general de respeto que incumbe a los demás, en el sentido de abstenerse de vulnerar el aspecto de la personalidad correspondiente. Los derechos de la personalidad son los derechos supremos, los que garantizan el goce de sus bienes personales, nos garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando al particular no sólo el señorío sobre su persona, sino la actuación de sus propias fuerzas físicas o espirituales. Se argumenta que la confirmación de unos derechos subjetivos en orden a la personalidad es algo que efectivamente debería lograrse porque el ser humano posee una unidad múltiple, un principio que puede proyectarse en diversas actuaciones, dignas de ser recogidas y positivamente tuteladas. No sería incompatible la definición de derecho subjetivo y los derechos de la personalidad, pues se entiende que los derechos subjetivos no protegen únicamente los intereses materiales, sino también los intereses morales de las personas. Los derechos de la personalidad constituyen, por tanto, una categoría particular de derechos subjetivos que representan características propias de los seres humanos, las cuales los diferencian. Se admite que la vida moderna, con su complejidad y sus progresos técnicos, ha aumentado las ocasiones y los procedimientos que pueden lesionar los atributos de la personalidad, lo cual hizo necesario el refuerzo de la protección jurídica concedida a tales derechos esenciales. Se ha de procurar, ante todo, con la tutela de los bienes de la personalidad que el sentimiento de dignidad individual no muera asfixiado

por la indiferencia, por la tolerancia, por la laxitud de criterio de una sociedad materializada.

Así, la doctrina moderna llegó al convencimiento de que los derechos de personalidad son derechos subjetivos, pues tienen como objeto dotar un marco jurídico a la protección que se otorga a la personalidad. Estos derechos reconocen y garantizan a la persona en cuanto tal, protegiendo bienes fundamentales, como el aspecto físico, la dimensión moral y la espiritual. De esta tesis que reconoce los derechos de la personalidad como derechos subjetivos, quiero resaltar que lo importante es que considera a los bienes de la personalidad como un *prius* del ordenamiento jurídico y, por tanto éste ha de establecer los mecanismos de protección de los mismos. En efecto, la persona humana, como entidad pre-jurídica, formula al Derecho un conjunto de exigencias, con el fin de conferir dignidad a su existencia. No se trata de derechos sobre la persona en sí misma, sino sobre aspectos y facultades, ideal y jurídicamente individualizables. Además, el contenido de los derechos de la personalidad no se configura como meramente negativo, pues existe un haz de posibilidades a través del cual se articula la facultad de goce de sus intereses y valores más preciados. La dignidad humana implica que a cada ser humano sean atribuidos derechos, por ella justificados e impuestos, que aseguren esta dignidad en la vida social. Estos derechos, pues, deben representar un mínimo, para que se cree un espacio en el cual cada uno podrá desarrollar su personalidad²⁴⁴. Hoy día, la doctrina mayoritaria comparada entiende que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra ni en la propia persona ni en su exterior; el objeto de dichos derechos reside en los bienes constituidos por algunos determinados atributos o cualidades, físicas y morales del ser humano. El *modo de ser* de la persona no es lo mismo que la persona en sí, como sujeto de derecho, y en esto se equivocó la teoría que negaba la consideración de tales derechos como derechos subjetivos, pues la dificultad en apreciar la separación entre la persona y la manifestación de sus cualidades esenciales no puede obstar al reconocimiento de la existencia de los derechos de la

²⁴⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. I...cit., p. 64.

personalidad. Al interrogante que se ha planteado, de si son o no derechos subjetivos²⁴⁵, se pudo responder constatando que el error en la construcción jurídica de los derechos de

²⁴⁵ CIFUENTES (*op. cit.*, p. 125 y ss) expone algunas corrientes doctrinales existentes acerca de los derechos subjetivos: a) voluntarista: voluntad de poder; WINDSCHEID (SAVIGNY, PUCHTA y ARNDTS) consideró que la voluntad es una pauta: una potestad o señorío de la voluntad otorgada por el orden jurídico. ERRO y ALMANZA sostuvieron que “es la posibilidad, facultativa y obligatoria, ligada a una voluntad capaz, de obrar válidamente, libre de impedimento y de reaccionar contra éste si se interpone, circunscribiéndose ambas posibilidades a los límites de la norma”; b) del interés: la importancia excluyente del bien; IHERING ataca el voluntarismo, y pregunta cómo vendrían a tener derechos las personas sin voluntad. Afirmaba que ciertos derechos existen sin que exista voluntad: “los derechos son intereses jurídicamente protegidos y el interés es el valor en su relación particular con el sujeto y sus fines. Un derecho que por sí mismo tiene valor puede no tenerlo para un determinado sujeto”; c) eclécticas, los dos puntos de vista; tanto el interés como la voluntad son fundamentales. La segunda es más secundaria porque no constituye la causa del derecho y ella reside necesariamente en su titular. MICHOUH planteaba que: “el interés de un hombre o grupo de hombres, jurídicamente protegido por medio del poder reconocido a una voluntad de representarlo o defenderlo”. DABIN defendía que “es la prerrogativa concedida a una persona por el derecho objetivo, y garantizada por las vías de derecho, de disponer como señor de un bien reconocido como de su pertenencia, ya sea como suyo o siéndole debido”. ENNECCERUS alegaba que “el derecho subjetivo es un poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico, según su fin, es un medio para la satisfacción de intereses humanos. Únicamente mediante la ponderación de ambos lados de su esencia se llega a conocer plenamente el derecho subjetivo”; d) La que se aparta de la voluntad e interés: FERRARA entendía que el derecho subjetivo es “un poder jurídico que tiene por fuente el derecho objetivo y se dirige contra otros hombres para obtener el cumplimiento de los deberes impuestos por las normas jurídicas, con el fin de alcanzar la satisfacción de intereses humanos”. La voluntad entra en la dinámica, no en la estática del derecho. Es necesaria para la actuación, no para la subjetividad. El poder emana del orden jurídico y no es dado para la satisfacción de actuar la propia voluntad. El derecho no es fuerza en movimiento, sino en reposo. Interesa el goce no el ejercicio, luego, la voluntad es sólo un elemento accidental y no esencial. Por otra parte, el interés no es un elemento constituyente del derecho, se trata únicamente de la finalidad perseguida por él. CABRAL DE MONCADA, (Luís. *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, 4ª ed. rev.. Almedina: Coimbra, 1995, p.63) define el derecho subjetivo desde dos puntos de vista. Afirma, primeramente, que puede ser: “a facultade, em abstracto, que cada um de nós tem, de, em harmonia com a lei, gozar e exigir dos outros o respeito de certos interesses e fins reconhecidos legítimos e tutelados pela ordem jurídica em geral” ou “o poder concreto de exigir também dos outros o respeito das situações jurídicas que, quanto a nós, de qualquer modo se subjectivaram definitivamente por um acto da nossa vontade, manifestada ao abrigo da lei, e ainda o respeito de todas as consequências jurídicas que deste acto resultam, sob a forma de deveres e obrigações para os outros”. Se ha de considerar el derecho subjetivo como la facultad o conjunto de facultades, con significado unitario e independiente, que se otorga por el ordenamiento jurídico a un ser de voluntad capaz, o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines o intereses, y que autoriza al titular a actuar válidamente, dentro de ciertos límites, y a exigir de los demás una obligación pasiva, por un medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente (CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo I, vol. II*. Reus: Madrid, 1978, p. 29 y ss). Desde un punto de vista individual, el derecho subjetivo es una relación jurídica, en la que una de las partes (sujeto activo) es titular de un poder con respecto a algo, mientras que las demás partes (sujetos pasivos) tienen que respetar ese poder (BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho privado y derecho de la persona*. Bercal: Madrid, 1996, p. 163 y ss). Teniendo en cuenta el valor normativo, el derecho subjetivo puede ser definido como la legitimación que el ordenamiento jurídico confiere a una persona para que ésta, ejerciendo su autonomía privada, pueda relacionarse jurídicamente con una persona o con una cosa (MALUQUER DE MOTES BERNET, CARLOS J (coordinador). *Codificación, persona y negocio jurídico*. Editorial Bosch, Barcelona: 2003, p. 241 y ss). Es un poder que el ordenamiento jurídico o derecho (objetivo) atribuye a un sujeto sobre un objeto determinado. Está compuesto, pues, de facultades o posibilidades concretas de actuación, que

la personalidad estaba en que los tratadistas pretendían teorizarlos utilizando los modelos propios de los derechos patrimoniales. A partir del reconocimiento de que *bien* no trata únicamente de cosas materiales, el concepto de derecho subjetivo ha ampliado su radio de

constituyen las unidades mínimas de poder. En esta línea, la potestad se caracteriza por imponer a su titular una obligación, junto con la atribución de un poder, de modo que tal ejercicio de la potestad no es libre ni arbitrario, estando necesariamente en función de los intereses a cuyo servicio se encuentra y en base a los cuales la potestad ha sido conferida. La facultad se identifica con cualquier poder de actuar simple, que el ordenamiento admita. Son posibilidades concretas de obrar amparadas por el ordenamiento jurídico y que son normalmente carentes de independencia, por estar incardinadas en un derecho subjetivo, en una relación jurídica que las engloba. Si bien, excepcionalmente, es posible que vivan independizadas y con existencia propia, lo que sucede con algunas facultades de disposición sobre el propio cuerpo (cortar el pelo, afeitarse, cortar las uñas), consideradas como facultades de configuración jurídica o derechos potestativos. Dentro de este contexto se hace menester referirse a una clasificación que la doctrina suele dar a los derechos subjetivos: a) absolutos son los que conceden un poder inmediato y directo sobre su objeto, el que todos deben respetar por igual, hasta el punto de que se ha venido a decir que su respeto implica una obligación pasiva universal; b) relativos: recaen sobre la conducta de otra persona, que es el sujeto pasivo u obligado principal. Esta clasificación no impide la posibilidad de que todos los demás también deban respetar tales derechos, aunque no sean ellos a quienes corresponda la satisfacción del derecho. La única forma de asegurar la satisfacción es concediendo a su titular el poder de coaccionar al sujeto pasivo con sanciones respaldadas por el ordenamiento jurídico. Se identifican, pues, los elementos esenciales del derecho subjetivo: a) el sujeto, es la persona, física o jurídica, a la que se atribuye y confía tal poder, cuya titularidad le corresponde; b) el objeto (la realidad social acotada como base de la situación de poder concreto que se ha confiado al titular del mismo) y c) el contenido del poder sobre el objeto: las posibilidades de actuación que se confieren al sujeto titular del mismo sobre el objeto de éste, manifestándose en el conjunto de facultades atribuidas a aquél, cuyo reverso son los deberes y las cargas. En efecto, el derecho subjetivo es voluntad, es interés y son las medidas de protección de dicho interés, con posibilidad de poner en marcha una sanción, lo cual no es óbice para un ejercicio extrajudicial de los derechos. Es un poder jurídico compuesto por un haz o conjunto unitario de facultades, agrupadas entre sí, cuyo ejercicio y defensa se encomienda al titular del mismo; poder institucionalizado por el ordenamiento jurídico, que puede estar dotado, en ciertos casos, de las notas de independencia y elasticidad. KELSEN desestima la existencia del concepto del derecho subjetivo, pues niega la afirmación de que la persona es una entidad. La teoría pura del derecho coloca en primer lugar el deber jurídico, el cual no es más que la norma jurídica individualizada. Se puede imaginar un ordenamiento jurídico que no establezca derechos subjetivos, pero ninguno podría abstenerse de determinar los deberes y responsabilidades jurídicas. Sólo cuando la norma coloca al individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Pero ello no es necesario y, en realidad, aquel derecho subjetivo no es más que un aspecto del objetivo, porque se produce la reducción o “absorción del uno por el otro”. La crítica ha dicho que KELSEN confunde lo *subjetivo* con lo *exclusivo*. Una cosa es que el deber de otro dependa únicamente de quien goza de la prerrogativa de hacerlo cumplir, y otra lo relativo al sujeto que la palabra subjetivo implica. Ésta no es igual que privativo, porque bien puede suceder que el sujeto comparta con el Estado y con los otros ciudadanos el derecho de hacer realizar la norma, o sea, de cumplir el deber, pero a pesar de esa relación, el derecho sigue siendo subjetivo porque pertenece al sujeto. Además, KELSEN sólo piensa el deber desde el punto de vista de su violación, pero el cumplido, o el que se está cumpliendo, es una actividad lícita que los terceros deben respetar. Poder hacer que se remueva lo que impide satisfacer la obligación no es más que la otra cara también necesaria. El deudor quiere pagar y el acreedor, o un tercero, se lo obstaculiza. Aquél consigna y coactivamente, por mandato judicial, se tiene por saldada la deuda, y libre al obligado. Es, pues, un deber cumplido por la fuerza que, desde el punto de vista kelseniano, encajado en su definición, sería un derecho subjetivo. Un deber primario y esencial convertido en derecho. No porque la norma dé exclusividad, sino porque es del sujeto, exclusivo o no, le corresponde. Ahí estaría la subjetividad.

apertura, comprendiendo, de este modo, los derechos de la personalidad²⁴⁶. Si se entiende que el objeto de los derechos subjetivos es el interés implicado en la relación jurídica de que se trate, se concluye que éste puede venir integrado por cosas materiales, por los servicios que presten o deberes que cumplan otras personas, y por las manifestaciones físicas o psíquicas concretas de la propia persona titular. En efecto, esos atributos que la persona ostenta sobre alguna de sus manifestaciones físicas o espirituales, son los que constituyen los bienes²⁴⁷ de la personalidad, y el interés jurídico que persigue su protección es lo que se denominan *derechos de la personalidad*²⁴⁸. Por ello, el objeto de

²⁴⁶ CHAVES, Antônio. “Direito à imagem e direito à fisionomia” in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.76, n.620, p.7-14, jun. 1987: “Se tanto tempo foi necessário para ser reconhecido o direito ao próprio corpo e à imagem, se ainda não assimilam muitos com facilidade qualificar como *bem* partes separadas do corpo, maior dificuldade teremos em admitir que possa ser considerada “coisa” a nossa própria fisionomia, que não *faz parte*, mas que *é* a própria essência da nossa personalidade. A dificuldade maior em considerá-la “bem” jurídico consiste em que não parece lógico admitir que a nossa personalidade (ou parte dela), de *sujeito* que há milênios é de direito, possa de ponto em blanco a ser considerada dele *objeto* (...) Não é a imagem, como forma individual em si, alvo quase inatingible dos intereses jurídicamente aparentes, que acende diretamente conflitos e pretensões concretas, senão as suas expressões pegadas a corpos comerciáveis. A proteção da imagem «enquanto figura original do sujeito», mas ao mesmo tempo objeto do direito em si e per si, independentemente de suas projeções de carácter comercial, ou, simplesmente avaliáveis em dinheiro, ainda que relativas apenas a reflexos de carácter moral”.

²⁴⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (*op. cit.*, p. 65) explica que la vida se presenta como un complejo de estímulos y deseos incesantes, los cuales son, por algo o hacia algo que se necesita. Por eso se denominan *necesidades*, pues son dignos para satisfacer una necesidad. Este algo, objeto en suma de la necesidad, es, en sentido material, una cosa. Intelectualmente, se toma en consideración en cuanto es y supone un *bien*, índice de utilidad de la cosa o aptitud de la misma para satisfacer una necesidad. Bien y cosa son, por tanto, conceptos distintos, o mejor dicho, aspectos diferentes de un mismo objeto. Como enseña GUTIERREZ Y GONZALEZ (E. *El Patrimonio. El pecuniario...cit.*, p. 50 y ss) la palabra *bien* procede etimológicamente del verbo latino *beare*, que significa causar felicidad. El vocablo cosa deriva del término latino *causa* y en un sentido vulgar significa todo objeto que existe en el mundo exterior y se halla fuera de nosotros. Cosa es toda realidad corpórea o incorpórea interior o exterior (órganos internos, el derecho al cadáver) al ser humano, susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometible a un titular. En sentido jurídico, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes, con lo cual puede decirse, que las cosas son el género y los bienes la especie. El objeto o cosa debe ser susceptible de satisfacer una necesidad humana, ya sea económica o moral.

²⁴⁸ DE CASTRO (“Los llamados derechos de la personalidad”... *cit.*, p. 28) prefiere que se utilice como eje central el concepto de bien jurídico, en sustitución de derecho subjetivo, entendiendo la expresión bien, en su más amplio sentido y no como cosa u objeto de carácter puramente patrimonial. Se trata de un tipo de bienes no materiales, precisamente aquellos que se han venido considerando objeto de los derechos de la personalidad, en la línea de las fórmulas “daño moral” y “*pretium doloris*”. Se contaría así con una serie de bienes personales que originan una obligación legal de abstención universal. A su vez, DÍEZ DÍAZ (*¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona...cit.*, p. 30 y ss.) argumenta que los postulados bien jurídico y derecho subjetivo no se repelen, sino que se complementan: los derechos subjetivos de la personalidad versan o recaen sobre toda la gama de bienes jurídicos personales. Comparto la opinión del último autor pues la sola asunción del concepto de bien jurídico contemplaría el aspecto negativo de dichos derechos pero no reconocería las facultades personales que se exteriorizan y pueden alcanzar una cierta

los derechos de la personalidad no es la persona propiamente dicha, sino sus manifestaciones. La doctrina actual ha considerado la personalidad como un recipiente vacío susceptible de ser llenado con los derechos subjetivos. Los derechos de la personalidad constituyen el mínimo necesario para la protección de la manifestación de la persona y, por ello, son *la base* de los restantes derechos subjetivos²⁴⁹. Con denominaciones distintas y bajo diferentes sistemas técnicos se ha tratado de comprender y definir una misma realidad: los valores del ser humano como persona, en orden a su adecuada protección. Por supuesto, es evidente que las distintas coordenadas políticas, sociales, económicas o técnicas de cada momento histórico han hecho y harán que la persona sienta amenazados unos u otros valores inherentes a su dignidad. Por ello, la dignidad de la persona humana se impone como garante de tales derechos, cualquiera que fuera la calificación o la técnica jurídica a la que se recurra para proteger a la persona en cuanto tal. Desde el punto de vista normativo, no existirá un derecho subjetivo mientras que a la persona no se le haya concedido por la ley esa situación de poder concreto, en la que se cristaliza su ejercicio e impone respeto a los demás. Sin embargo, una vez otorgada la tutela por el ordenamiento jurídico, puede afirmarse que cada una de las manifestaciones se inserta en la categoría de derecho subjetivo. Si el derecho subjetivo presupone siempre un deber jurídico que haga posible una pretensión o exigencia, hay que reconocer que los derechos de la personalidad penetran en el círculo del deber jurídico que pesa sobre todos, en el sentido de que no pueden ser vulnerados. Si el concepto del derecho subjetivo presupone, igualmente, un poder al que el ordenamiento jurídico conceda una cierta autonomía, no puede negarse la posibilidad técnica de que sean objetivados por el Derecho, separándolas y destacándolas de la personalidad, determinadas manifestaciones suyas, que sean así elevadas a bienes jurídicos y, por consiguiente, a objetos de derechos protegidos con una específica acción judicial²⁵⁰. Por todo ello, lo que se ha de inferir de estas consideraciones es que los derechos de la

independencia, identificándose de este modo con el concepto de derechos subjetivos. Así se optaría por una concepción amplia de los derechos de la personalidad, como bienes jurídicos y como derechos subjetivos, dotados de un contenido y un mensaje positivos.

²⁴⁹ CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*. Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995, p. 22.

²⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común...* cit., p. 345 y ss.

personalidad son los derechos sin los cuales la personalidad se quedaría completamente irrealizada, privada de todo su valor concreto, pues se refiere ésta a la parte intrínseca del ser humano. Son derechos sin los cuales todos los otros derechos subjetivos perderían su interés o efectividad para el individuo, pues son derechos esenciales para el desarrollo de todos los demás derechos. Por ello es coherente la afirmación de que los derechos de la personalidad no deben ser pensados simplemente como unos derechos subjetivos, entendidos éstos como el poder legalmente conferido a la persona de defender sus bienes materiales o inmateriales, sino que se han de entender los derechos de la personalidad como fuente y presupuesto de todos los demás derechos subjetivos, pues protegen la raíz en que se basa la persona: su personalidad²⁵¹.

Dentro de este marco, es oportuno traer a colación otras denominaciones de los derechos de la personalidad. Los primeros conceptos fueron concebidos, como se ha visto, bajo el título de *ius in se ipsum*, que quiere decir: “derechos sobre la propia persona”²⁵². Posteriormente surgieron otras formas de llamar tales como: derechos esenciales de la persona, derechos subjetivos esenciales, derechos individuales, derechos de la personalidad, derechos personales, derechos sobre la propia persona, derechos personalísimos²⁵³, derechos a la personalidad o esenciales o fundamentales de la persona²⁵⁴, derechos primordiales, derechos innatos, derechos extra-patrimoniales²⁵⁵. En

²⁵¹ CIFUENTES (*op. cit.*, p. 143-144) alega que “se ha pensado que la personalidad es supuesto previo a los derechos sin caer en la cuenta de que también lo es, con relación al sujeto, de la capacidad y de todo lo jurídico, dado que representa uno de los elementos constitutivos del concepto mismo de persona”. La afirmación del autor es procedente pero no anula la tesis de que deben ser entendidos como previos a los otros derechos”.

²⁵² *Vid.*: Capítulo I, epígrafe 1.4

²⁵³ CIFUENTES (Santos. *op.cit.*, p. 192 y ss.) defiende que la personalidad es la cualidad jurídica formal invariable y objetiva, que se adhiere a la sustancia “ser humano” para recalar en el concepto compuesto de “persona”. Sola no es más que un objeto exterior normativo y que carece de posibilidades propias. No puede tener derechos ni a ella le pertenecen. Sólo la persona (sustrato y máscara) es la verdadera portadora jurídica. Se trata de derechos de la persona y no de la personalidad. La preposición DE indica posesión que conlleva una serie de facultades que están ausentes en los derechos personalísimos. No obstante el debate formal, considero oportuno decir que las facultades ausentes a que dicho autor se refiere serán explicadas posteriormente. Considero que la interpretación jurídica dada a la preposición DE no puede ser entendida solamente con este sentido patrimonialista y que existen otros derechos personalísimos que no entran en el concepto de derecho de la personalidad.

²⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade...cit.*, p. 2

²⁵⁵ Propone VIDAL MARTÍNEZ (Jaime. “Algunos datos y observaciones acerca de la construcción civil de los derechos de la personalidad (derechos y libertades inherentes a la persona) en la actual etapa de

mi opinión, la mejor denominación para dichos derechos es la de *derechos de la personalidad*, pues las otras denominaciones referidas no indican y no delimitan lo que realmente se quiere tutelar, demostrando una apertura conceptual susceptible de una manifiesta incertidumbre. En este sentido, la expresión “derechos de la personalidad” es la que alcanza mayor amplitud y abstracción de significado, además de ser la designación que más expresa a una persona como un ser humano, atribuyendo al concepto de personalidad la identidad de tales derechos.

1.6 La titularidad y las características de los derechos de la personalidad

Tras las consideraciones acerca del desarrollo histórico de la tutela de la personalidad, del concepto, de la naturaleza y de las denominaciones que se dan a los derechos de la personalidad, nada más oportuno que plantear quiénes son los titulares de los aludidos derechos, cuándo se inicia y cuándo finaliza dicha tutela, es decir, a partir de qué momento puede invocarse la protección estatal, y cuándo no se puede más solicitar ya. No obstante, me parece más prudente, para entender la cuestión de la titularidad de los derechos de la personalidad, que antes se analicen las características, porque el examen de los rasgos que identifican a esta categoría de derechos, facilita la interpretación de quién puede o quién no puede ser titular de los derechos de la personalidad.

1.6.1 Las características de los derechos de la personalidad

En realidad, con la propuesta de estudiar las características de los derechos de la personalidad, se intenta identificar los rasgos que les son comunes, para que sean

desarrollo tecnológico” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Semblanzas, Derecho Civil, Parte General, Thomson Civitas, 2003, p.1073-1104) la denominación de derechos inherentes a la persona o derechos de la persona (*personal rights*) para establecer una distinción con los derechos patrimoniales.

reconocidos jurídicamente. La doctrina atribuye las mismas características a tales derechos, habiendo discordancias en una u otra peculiaridad. La mayoría de los autores considera los derechos de la personalidad como autónomos y les atribuye las siguientes características: innatos (originarios), vitalicios, necesarios, extra-patrimoniales, intransmisibles, irrenunciables, inalienables, indisponibles, absolutos y oponibles *erga omnes*.

Los derechos de la personalidad tienen el carácter de *esencialidad*, y por ello son titulares de los mismos todos los seres humanos, pues constituyen la esencia de la personalidad, es decir, son los derechos sin los cuales la personalidad no se exteriorizaría, sería privada de su valor real. La propia personalidad humana quedaría desfigurada si la protección conferida a tales bienes no fuera reconocida por el ordenamiento jurídico²⁵⁶. Son *necesarios* porque no se admite, en los Estados basados en la dignidad de la persona humana, la ausencia en el ordenamiento jurídico de una protección que englobe la manifestación de los bienes de la personalidad. En el actual Estado Social y Democrático de Derecho es imprescindible, por tanto, que se establezca una protección de estos derechos que se destinan a proteger la inviolabilidad personal y que, por tanto, son obligatorios para la manifestación y el libre desarrollo de personalidad. Es inevitable considerarlos *inherentes* porque exigen únicamente un requisito: la personalidad, pues si existe personalidad, habrá derechos que proteger. Son derechos *innatos*, a diferencia de lo que sucede con los demás derechos subjetivos, pues no precisan de ninguna declaración jurídica – adquisición, transmisión – que determine la conexión de la titularidad, pues nacen y se extinguen con la persona²⁵⁷. Hay que partir de la idea de que son deducidos y deducibles de la pura razón del nacimiento, es decir, que provienen de un hecho

²⁵⁶ PINTO, Paulo Mota. “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português” em *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Ingo Wolfgang SARLET (org.), p. 61-83.

²⁵⁷ Tanto CASTRO MENDES (João. *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 1. Edição AAFDL, Lisboa, 1978, p.311) como CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO (*op. cit.* p. 101) afirman que una excepción a esta regla de originalidad sería el derecho al nombre. Por supuesto, la persona no nasce ya con un nombre dotado de validez estatal, aunque sus padres ya lo tengan elegido. Pero, si se piensa de otra forma, cualquier persona ya nace con el derecho a tenerlo, es decir, por el mero hecho de su existencia, tiene derecho a tener un nombre.

metajurídico, que se produce en virtud de la propia naturaleza de la humanidad²⁵⁸. Son atribuibles al ser humano por el mero hecho de serlo, por encima del reconocimiento positivo de un determinado ordenamiento, pues no es necesario un acto o *facto* para adquirir la titularidad de tales derechos²⁵⁹. Son *vitalicios* porque perduran, como es lógico, durante toda la existencia de la persona. La individualidad y la personalidad de la persona no se extinguen hasta que fallece. Por ello se afirma que los derechos de la personalidad son *imprescriptibles*, pues permanecen *ad vital* en la esfera del propio titular. Si son inherentes a la condición humana de la persona, no es dable afirmar que la titularidad de tales derechos podría, supuestamente, caducar.

Sobre esta cuestión, se ha de hacer una relevante distinción: existe un derecho “material” de la personalidad y, de modo distinto, coexiste también el derecho a la acción judicial procesal, de naturaleza instrumental, que el ordenamiento jurídico suele habilitar para la tutela de ese derecho. No se deben identificar estas dos figuras jurídicas en una sola. Tal confusión jurídica ya se eliminó con la superación de la Teoría Inmanentista, Civilista o Clásica, la cual identificaba la acción con el propio derecho material, que se usaba cuando éste era vulnerado. Según esta tesis, no habría derecho sin que existiera la acción judicial correspondiente, ni existiría ésta sin aquél. Se ha de razonar que la caducidad se refiere a la acción de la demanda judicial que el titular tiene la facultad de reclamar o no. El enjuiciamiento de la demanda suele tener un plazo, por ser parte de la política legislativa. Sin embargo, el derecho material propiamente dicho queda inmune, no siendo afectado por la caducidad.

Se suele decir que los derechos de la personalidad son oponibles *erga omnes*, pues no dependen de una pre-relación jurídica entre las partes como causante de la obligación

²⁵⁸ RODRÍGUEZ PALENCIA, Alfonso; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. “La renuncia a los bienes de la personalidad” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 97, Enero-Marzo, 2002, n° 1, p. 81-112.

²⁵⁹ BELTRÁN DE HEREDÍA CASTAÑO (*op. cit.*, p. 33 y ss.) recuerda que ésta fue la tesis de la Escuela del Derecho natural en su doble vertiente, católica y protestante, que sirvió para justificar doctrinalmente las Primeras Declaraciones de derechos, como las de Virginia de 1776 y Francia de 1789, que hablan de unos derechos *naturales inalienables y sagrados*.

de respeto. Aquí reside la protección de dichos derechos en su fase estática, que es una obligación de carácter universal de abstención de prácticas, de actos lesivos que puedan vulnerar los bienes jurídicos protegidos. Conviene hacer, por tanto, una correlación con el principio *alterum non laedere*, pues no se les contrapone un deber jurídico de personas determinadas, sino una obligación general de respeto. Sin embargo, la tutela en su aspecto dinámico se revela cuando hay una vulneración de tales derechos por uno o más individuos indeterminados, cuando surge el derecho a la reparación o cesación de los daños causados. Se afirma, pues, que los derechos de la personalidad son *absolutos* por esta cualidad de oponibles *erga omnes*. En este sentido sí, es indudable, que he de estar de acuerdo, pero, la palabra “absolutos” no puede jamás ser entendida como “ilimitados”, dado de que no existen derechos sin límites. Los derechos de la personalidad son absolutos, pero esto no implica que el ejercicio de estos derechos sea absoluto en el sentido de irrestricto o ilimitado. El *ius fruendi*, como se verá en el próximo capítulo²⁶⁰, podrá encontrar sus límites en el interés público/social²⁶¹.

Las características de extra-patrimoniales, intransmisibles, irrenunciables, inalienables e indisponibles están íntimamente relacionadas. La existencia de una de las características lleva a las otras. Se dice que son no patrimoniales (*extra-patrimoniales*) desde un doble punto de vista. No sería jurídica, política o moralmente lícito poner precio a los bienes de la personalidad (considerados en abstracto). Además, hay que concluir que no existe una reparación pecuniaria mensurable e inmediata cuando resultan vulnerados tales bienes. Atribuir un valor pecuniario a los bienes de la personalidad iría contra toda la lógica del sistema jurídico democrático, basado en la dignidad de la persona humana. En primer lugar, si se cuantifican en números monetarios los bienes de la personalidad, se estaría, en cierta forma, distinguiendo en *valores pecuniarios* a cada ser humano y, por ello, anulando la *igual dignidad* que todos poseen. Se estaría, de esta forma, aplicando un razonamiento discordante con la reciente historia de la humanidad, al

²⁶⁰ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.9.2

²⁶¹ *Íd.*, p.67-68: Tres clases fundamentales de intereses: a) Públicos: relativos a la vida política en una sociedad organizada; b) Sociales: vida social propiamente dicha; c) Individuales: persona individual.

considerar a la persona humana no como sujeto, sino como objeto de las relaciones jurídicas. Si se mensuran económicamente los bienes de la personalidad, se asumiría que unos humanos pueden ser dueños de otros y, por tanto, sería un regreso evidente al tiempo de la esclavitud o de la anarquía, quebrantando todo el *pacto político* que rige las sociedades democráticas. Estas afirmaciones llevan al razonamiento de que el valor económico, por supuesto, tampoco alcanza los daños ocasionalmente sufridos por el titular de los bienes de la personalidad, pues no hay un resarcimiento propiamente dicho, pero sí una compensación, una reparación en razón de un interés jurídicamente relevante²⁶². Lo que fundamenta esta característica es que no se repara el dolor, el disgusto, el sufrimiento o la angustia; sólo se intenta reparar, de alguna forma viable y lícita, aquellos daños que resultan de la vulneración de un bien sobre el cual el lesionado tendría un interés reconocido. La persona ofendida puede demandar en razón del daño moral, sin pedir un precio por su dolor, pero sí un lenitivo que el ordenamiento jurídico

²⁶² El problema de la patrimonialidad, como bien explica ROVIRA SUERIO (Maria E. *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. CEDECS Editorial: Barcelona, 1999, p.36-40) llevó las mayores discusiones a finales del siglo XIX, en las discusiones doctrinales habidas al respecto en la doctrina alemana. SAVIGNY y los seguidores de la escuela Histórica, partiendo de un texto del Digesto, llegaron a la conclusión de que tanto la prestación como el interés del acreedor en el Derecho Romano tenían que ser patrimoniales. Esta idea era perfectamente congruente con el sistema de ejecución forzosa de dicho ordenamiento, pues una obligación para que pudiera ser exigida judicialmente, tenía que ser convertida, a través de una estimación, en una cantidad de dinero. Por el contrario, IHERING Y WINSDEID consideraron que en el Derecho Romano: 1) los textos que exigen la patrimonialidad de la prestación hacen referencia a supuestos específicos y no susceptibles de generalización a todo tipo de obligaciones, 2) la condena pecuniaria puede cumplir no sólo el cometido de la reparación, sino el de pena, no hallándose esta última función con el carácter no patrimonial de la prestación. Los aludidos autores concluyeron que la patrimonialidad sería un requisito exigido por el Derecho Romano, pero no por otros ordenamientos, en los cuales lo único que se exigía es que hubiera un interés, y que éste fuera digno de protección, prescindiendo del carácter patrimonial aunque éste fuera el usual. La admisión de la ejecución específica de todo tipo de obligaciones traería como consecuencia que la reductibilidad de la prestación a dinero perdiera su justificación. SCIALOIA hizo una distinción entre prestación en sí, la cual sería susceptible de valoración económica o pecuniaria, y el interés que ésta ha de satisfacer, el cuál no tiene porqué ser de carácter patrimonial sino que puede ser de carácter moral, humanístico, científico o artístico. Una prestación de carácter patrimonial, como puede ser la del arrendamiento de los servicios de un músico, puede satisfacer intereses extrapatrimoniales de ocio. Alega la autora que actualmente es innegable que el Derecho tutela intereses extrapatrimoniales, no obstante, sería utópico creer que el Derecho de obligaciones no es eminentemente patrimonial, si bien esta caracterización no es incompatible con que los intereses económicos a veces estén vinculados a otros que no lo sean y viceversa, e incluso que puedan presentarse en ocasiones intereses no propiamente económicos, como el objeto de las relaciones jurídicas obligacionales. Por último, afirma que en el Derecho Civil se proyecta la persona en su entera dimensión y no sólo las facetas económicas de su actuación. Así, la responsabilidad derivada del daño moral y consiguiente indemnización empezó a ser objeto de amplia recepción tanto por la doctrina, como por las legislaciones.

transforma en una indemnización pecuniaria (*id quod interest*) que atenúe, en parte, las consecuencias del perjuicio sufrido, esto es, intentando de alguna forma paliar el déficit ocasionado por el daño. Por ello se entiende que los bienes de la personalidad no son patrimoniales.

Esta misma es la razón que justifica la *intrasmisibilidad*, la *indisponibilidad* y la *irrenunciabilidad* de los derechos de la personalidad. La indisponibilidad debe ser entendida como la afirmación de que no pueden ser transferidas ni la titularidad ni la protección jurídica que se da a la manifestación de los bienes de la personalidad de una persona a otro sujeto. Son bienes cuya existencia está anudada a la protección y a la satisfacción individual del ser humano, y por ello son indispensables a la existencia de la persona. Lo que se tutela, de esta forma, es la individualización de la persona, pues los derechos de la personalidad son derechos que tienen esa particularidad de personalísimos, de individuales. En una hipótesis no imaginable, si se transmitiera la titularidad de uno de los bienes de la personalidad, seguramente el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona humana estarían comprometidos. Otra característica pertinente a los derechos de la personalidad es que son irrenunciables. La facultad de renuncia está comprendida en la facultad de disposición. Cuando se dice que son indisponibles significa que son también irrenunciables e inalienables. La ausencia de la facultad de disposición de la titularidad, en relación a los derechos de la personalidad, viene de la imposibilidad de la facultad de renuncia. Para un individuo renunciar a la titularidad de un derecho de la personalidad (como tal) sería renunciar a su propia individualidad, a su voluntad propia, lo que es fácticamente inadmisibles y jurídicamente inconcebible. Por ello se dice que son indisponibles (en abstracto) e irrenunciables²⁶³.

²⁶³ Art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Ahora bien, es oportuno hacer una observación imprescindible para seguir tratando este tema. Es incuestionable admitir que existe la posibilidad de “disponer”, relativamente, del ejercicio de algunos derechos de la personalidad, mitigando la tesis de la *indisponibilidad*²⁶⁴. Quizás la resistencia a tal razonamiento tenga sus raíces en el derecho romano, como bien expone KOHLER²⁶⁵. El referido autor escribe que la incisiva influencia romana quizás haya hecho que los teóricos subsiguientes no se interesaran allí donde hubiese omisiones por parte de los romanos, y que, por vía de consecuencia, se desligasen de reconocer la existencia de derechos o de relaciones jurídicas. Como los romanos suponían que existía sólo una obligación por cada acto ilícito, tal vez este pensamiento obstara al reconocimiento de la posibilidad de autorizar el uso comercial de algunas de las manifestaciones de los bienes de la personalidad.

De este modo, una primera cuestión a debatir es el empleo del verbo *disponer*. Cuando se trata de términos jurídicos, una tarea laboriosa, pero necesaria, es conferir la exacta interpretación de las palabras a las situaciones de hecho, para así definir las consecuencias jurídicas²⁶⁶. Creo que tiene razón GITRAMA GONZÁLEZ cuando afirma

²⁶⁴ Retomo aquí el sentido de autonomía privada, defendido por ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES (*Disponibilidade dos direitos de personalidade...cit.*, p. 46 y ss.), relatado en pie de páginas anteriores. La autora explica una interesante tesis sobre la disponibilidad relativa de los derechos de la personalidad, a la cual paso a referirme. Empieza su razonamiento explicando que en sentido amplio, autonomía jurídica individual coincide con el concepto de libertad jurídica, o sea, la facultad de actuar libremente. La licitud de la conducta entendida como ausencia de prohibición. El concepto de autonomía privada, *stricto sensu*, corresponde al poder de realización de negocios jurídicos, es decir, a la libertad de negociar. Es el poder conferido por el ordenamiento jurídico al individuo para que éste pueda regir, con efectos jurídicos, sus propias relaciones; trata, por tanto, de la posibilidad de regular, por sí mismo, las propias acciones y sus consecuencias jurídicas, o de determinar el contenido y los efectos de sus relaciones jurídicas. La autonomía privada hace al individuo apto para establecer miniordenamientos jurídicos para situaciones específicas de su vida, reglas, reconocidas y validadas por el ordenamiento jurídico, que disciplinen las situaciones concretas cotidianas. De este modo, la autonomía privada se hace necesaria y se erige como sucedáneo esencial para la interpretación de lo que se entiende por libre desarrollo de la personalidad. Debe ser considerada como el instrumento ofrecido por el Derecho para que el individuo ejerza positiva y negativamente sus derechos de la personalidad. Así, el ejercicio de los derechos de la personalidad, en su acepción positiva, está inserto en la esfera de actuación privada de la persona. No obstante su evidente coherencia, esta opinión no es compartida por parte de la doctrina, que considera los derechos de la personalidad únicamente como medios de exclusión de ilegítimas intromisiones de terceros, es decir, solamente por el aspecto negativo de referido ejercicio.

²⁶⁵ KOHLER, J. “A própria imagem no direito” (trad. Walter Moraes) in *Revista interamericana de derecho intelectual*, vol. 2, n° 2, jul/dic, 1979, p. 50.

²⁶⁶ Evocando aquí la expresión romana *vox est immensi prope usus ad omnia*.

que la referencia al derecho a la propia imagen, en general, está en plano del *ius fruendi*, no en del *ius disponendi*²⁶⁷, idea que sirve de canon para los demás bienes de la personalidad, que pueden estar en la esfera de disfrute de su titular. No se dispone de la imagen en el aspecto moral/negativo, pues esta disposición resultaría en una evidente desconsideración del individuo como sí propio. Pero cuando se disfruta del aspecto positivo del derecho a la propia imagen, por ejemplo, a través del consentimiento para el uso de terceros, dicho consentimiento no puede tener un plazo interminable, pues ello también resultaría en una ilegítima reducción de la persona otorgante de la imagen en mero objeto (o condición análoga a la esclavitud), contrariando el principio de la dignidad de la persona humana. Para corroborar esta línea de pensamiento, es pertinente hacer referencia al planteamiento de O'CALLAGHAN, quien sostiene que el consentimiento del titular delimita el ejercicio del derecho a la propia imagen. No es que con el permiso de uso de la imagen, su titular renuncie o pierda la protección civil, o desaparezca la ilegitimidad de la intromisión, sino que, por el propio concepto del derecho a propia la imagen, su titular lo ejerce en su aspecto positivo y hace – de modo consciente – reproducir y publicar su propia imagen, absteniéndose de ejercer la facultad de exclusión en aquellas hipótesis concretas²⁶⁸.

No obstante mi preferencia por esta tesis, se puede encontrar alguna justificación al motivo por el cual muchos autores prefieren utilizar la palabra *disponer*. Como explica WALTER MORAES, *disponer* comprende también el verbo *usar* y es la palabra que sustituyó al término *abutere* de los romanistas (*ius utendi, fruendi et abutendi re sua*). Sin embargo, la idea de disponer o de *abusus* comporta, por su propia naturaleza, límites (*quatenus juris ratio patitur*)²⁶⁹. En efecto, la expresión *disponibilidad*²⁷⁰ así empleada,

²⁶⁷ GITRAMA GONZÁLEZ, M. “Derecho a la propia imagen”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Tomo XI, Barcelona, 1962, p. 335.

²⁶⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *XII Jornadas de Estudio sobre Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas*, vol. I, 1992, pp. 543-625 (p. 611).

²⁶⁹ MORAES, Walter. “Direito à própria imagem (I)” in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n° 443, set. 1972, p. 80.

²⁷⁰ ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES (*Disponibilidade dos direitos de personalidade...cit.*, p. 113 y ss.) resume las diversas corrientes doctrinales que discuten la disponibilidad *stricto sensu* del

no puede ser entendida como alienación, transferencia o renuncia de los derechos de la personalidad. En sentido amplio, disponibilidad significa la libertad jurídica de ejercer ciertos derechos de la personalidad de forma activa o positiva, no sólo negativamente, como tradicionalmente se ha pensado. En realidad, el derecho de personalidad en sí no es disponible en sentido estricto, es decir, no es transmisible, ni renunciable, pues la *titularidad* del derecho, como se ha acabado de razonar, no es objeto de transmisión. En efecto, la imagen no se separa de su titular, del mismo modo que no se separan de su titular los demás bienes de la personalidad (intimidad, honor, vida, etc). La imagen continuará siendo inherentemente ligada al sujeto, siendo imposible, jurídica y físicamente, la renuncia o la transmisión de su *titularidad* a otra persona. Aún así, las expresiones concretadas, las manifestaciones efímeras, estáticas, del uso de este bien de la personalidad sí pueden ser negociadas económicamente, de forma limitada, con especificaciones en cuanto a la duración, a la finalidad y a otras condiciones más. Hay, pues, cierta facultad de “disponibilidad” en el *ejercicio* de algunos derechos de la

cuerpo humano, como la previsión de que los órganos pueden ser objeto de trasplantes, las transfusiones de sangre, o la disposición que permite que se pueda ceder un cadáver (o parte), para fines altruistas (terapéuticos, didácticos o científicos) etc, en tres: a) la personalista: ligada al cristianismo, que no distingue la persona humana del cuerpo, son una unidad. No tiene, por tanto, la persona ningún poder sobre su cuerpo, que es considerado la persona en sí misma, en su expresión física, pues el cuerpo es indisponible. No se admite relaciones jurídicas que tengan por objeto el cuerpo humano, aunque se trate sólo de partes del cuerpo humano; b) la liberal: conciben la persona y el cuerpo como categorías distintas, siendo el cuerpo algo externo a la persona, la cual puede ejercer poderes. La persona es dueña de su cuerpo y tiene sobre él algunas facultades de disposición o alienación parcial. Los demás no pueden interferir en el uso que la persona resuelva dar. Hay autonomía privada sobre los bienes de la personalidad. Las expresiones de la personalidad pueden figurar como objeto de negocios jurídicos. c) La intervención estatal: los que no reconocen la posibilidad de la propia persona de disponer de su cuerpo, pero admiten la intervención pública con fines altruistas. Conciben los derechos de la personalidad más como deberes de la persona para consigo misma, en categorías de derechos-deber. La disposición se admite si el agente de la disposición es el Estado. Sin embargo, en mi opinión, la comercialización o patrimonialización del cuerpo humano o de partes del mismo debe ser rechazada, por si la persona que practica tal acto, pudiera estar coaccionada por la ausencia de las mínimas condiciones materiales de existencia, que le permiten vivir en sociedad. Por este motivo, no tendría la autonomía suficiente para entender esta forma de relación jurídica. Esta persona actúa en estado de necesidad, el cual suprime la autonomía privada. La disposición del propio cuerpo sólo puede ser efectuada mediante el principio de la solidaridad, lo que invalida posibles intereses acerca de la consecuencia económica de tal disposición. Veo también otra posibilidad: una persona que actúa en este sentido podría estar teniendo intenciones puramente ambiciosas, reflejos extremos del dominio de la ideología neo-liberal capitalista que, igualmente, contrarrestaría la autonomía privada. De esta forma, se configuran dos posibilidades que pueden llevar a una persona a pensar en hacer tal ilícito negocio: la *física* y la *psíquica*. En Brasil, son ejemplos de este tipo de autorización el art. 13, párrafo único y el art. 14, *caput*, del Código Civil; la *Lei* nº 9.434-97, alterada por la *Lei* nº 10. 211/01; y la *Lei* 8.501/92.

personalidad, pero limitada al aspecto que puede servir en el tráfico jurídico, incluido el patrimonial, y en la medida que el ordenamiento jurídico confiere licitud a esta disposición²⁷¹. El ejercicio de algunos derechos de la personalidad sí puede existir, siempre y cuando dicho ejercicio sea entendido como *relativo*, pues “os direitos da personalidade são *irrenunciáveis*, podem todavía ser objecto de *limitações voluntárias* que não sejam contrárias aos *princípios da ordem pública*”²⁷².”

En esta línea, ejemplifica ROVIRA SUERIO las tres hipótesis de contrato que pueden tener como objeto la manifestación de un bien de la personalidad: 1) como objeto de una obligación, 2) como objeto de una autorización (como tal revocable), 3) como bienes que se han de respetar por efecto de una obligación especial (principio *neminem laedere* – contrato social). La primera hipótesis, plantea la citada autora con acierto, no se aplica a la categoría de los derechos de la personalidad, dada la característica de inherentes de esos bienes. Son derechos que el derecho objetivo ya encuentra creados; constituyen un límite al arbitrio del legislador de cualquier sistema político y social, resultando ser uno de los logros más importantes de la civilización. En la segunda hipótesis, como objeto de una autorización (revocable), sí es posible el nacimiento de responsabilidad contractual en relación a la parte efectivamente obligada, no así para la que autoriza, puesto que el acto de ésta constituye un permiso en sentido estricto, habida cuenta de que su efecto no es otro que el de suprimir el carácter ilícito de una vulneración. No obstante, no se crea una obligación ilimitada de tolerar intromisiones, pues tal permiso podrá ser revocado. Esta revocación del consentimiento dará lugar a una indemnización, en su caso, de los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las

²⁷¹ Sobre este punto, ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES (*id.*, p. 104 y ss.) entiende, y yo comparto la idea, que una regla jurídica en el campo de los derechos de la personalidad se justifica si: a) pretende materializar el mínimo existencial de la persona; b) establece sanciones (penalizaciones o reparaciones) a las lesiones a terceros o c) instrumentar el ejercicio de la libertad personal, conforme a los fines deseados por los propios individuos, esto es, permitir el ejercicio positivo de los derechos de la personalidad. En este sentido, si una acción no lesiona los derechos de terceros (otro individuo, derechos difusos y colectivos) cabe al Derecho: a) simplemente tolerarla o permitirla (no prohibirla), considerándola irrelevante jurídicamente o simplemente lícita o b) regularla, teniendo en cuenta los intereses individuales de las personas.

²⁷² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil...cit.*, p. 101.

expectativas justificadas. Además, dadas las características antes descritas (inherencia a la persona humana), la renuncia a tales derechos siempre será nula, pues la persona humana nunca podrá renunciar a la protección jurídica de su individualidad. El contrato obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso, y a la ley. El ámbito de la responsabilidad contractual comprende, igualmente, los supuestos en los que al producirse el hecho lesivo, sólo existe entre los sujetos un contacto social, y no una específica relación jurídica relevante antes del hecho danino. La tercera hipótesis se refiere a una obligación más intensa, la que recae sobre el resto de la sociedad deducida del principio *neminem laedere*, nacida de un contrato social que impone una cooperación en el mismo sentido²⁷³.

La argumentación de ROVIERA SUERIO en relación con las posibilidades de contrato de los bienes de la personalidad es muy coherente, sin embargo, estimo oportuno hacer alguna matización acerca de la *voluntariedad* que debe presidir los negocios sobre estos tipos de bienes. Si el titular decide que va a realizar un negocio jurídico sobre alguna manifestación de un bien de su personalidad, lo hará ejerciendo su autonomía privada. Como se trata de una relación que se refiere a la individualidad de la persona humana, normalmente el ordenamiento jurídico suele establecer una cláusula de revocación de tal autorización, aunque el titular tenga que pagar los daños y perjuicios ocasionados. No se puede obligar a la persona humana a que negocie, aun dentro del modelo que se han citado como ejemplo, las representaciones de los aspectos de su personalidad. Si prevaleciera esta situación se estaría, en cierta forma, anulando tanto su individualidad, como su autonomía privada, y vulnerando, pues, su *dignidad*. Por ello, en mi opinión, los negocios que tienen por objeto los derechos de la personalidad son, por naturaleza, *voluntarios*, y nunca pueden ser *forzosos*. Existen, pues, varios ejemplos de este tipo de disfrute, pero todo bajo el compromiso ético-moral del sistema jurídico. Los negocios que tienen por objeto el uso de las manifestaciones de la personalidad, como las

²⁷³ ROVIERA SUERIO, María E. *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*....cit, p. 39-41.

fotos de una modelo, la apertura de la intimidad al público por medio de entrevistas o programas de televisión, también están legitimados bajo este mismo principio. Sin embargo, es conveniente señalar que es prudente que estos negocios jurídicos han de llevarse a cabo del modo más específico y detallado posible. La autorización ha de ser inequívoca, y es prudente que deba, también, contener todos los detalles sobre cómo será empleada la manifestación del bien de la personalidad, cuál será la finalidad del uso negociado, durante cuánto tiempo el uso estará permitido, a qué lugares alcanzará el permiso, la remuneración por el uso en cuestión, los efectos de este negocio jurídico bilateral, de manera que todas las disposiciones se interpretarán necesariamente de forma restrictiva²⁷⁴. La interpretación que se ha de hacer de este concepto de *disponibilidad* es la de que si no se vulneran preceptos éticos-jurídicos, se admiten los negocios jurídicos sobre las manifestaciones de los bienes de la personalidad o de sus emanaciones, siempre que no atenten contra la dignidad de la persona humana y, por consiguiente, contra los principios constitucionales conformadores del ordenamiento jurídico. Por todo ello se suele decir que los derechos de la personalidad son “disponibles” relativamente.

No obstante, en estos casos, por supuesto, es más adecuado hablar de consentimiento o autorización, y no de renuncia, porque el consentimiento del titular para un uso de su derecho no constituye, en realidad, una renuncia total al mismo. En realidad, este consentimiento no produce la extinción del derecho como un todo, pero tiene un destinatario que se beneficia de algunos de sus efectos. Con esta teoría del consentimiento, se puede afirmar que los actos de disposición no implican una pérdida del derecho como la palabra renuncia quiere decir, mas sí que el derecho específicamente contratado no será conculcado cuando se realicen determinados actos moral y legalmente legítimos por el contratante²⁷⁵. Por último, es conveniente resaltar que puede que sea legítimo este aprovechamiento de los bienes de la personalidad, si se realiza dentro del

²⁷⁴ El consentimiento y la revocación serán mejor estudiados en el Capítulo II, epígrafe 2.9.1

²⁷⁵ Según la Real Academia Española (www.rae.es) renunciar es sinónimo de “1. tr. Hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de algo que se tiene, o se puede tener. *Renunciaré a mi libertad*. 2. tr. Desistir de algún empeño o proyecto. *El presidente renuncia a presentarse a las próximas elecciones*. 3. tr. Privarse o prescindir de algo o de alguien. *Renunciar al café. Renunciar al mundo*. 4. tr. En algunos juegos, pasar (no entrar)”.

respeto al orden público; por el contrario, no es lícito afirmar que los derechos de la personalidad pueden ser expropiados por el Estado, dadas sus características de derechos personalísimos, individuales, que expresan la singularidad del ser humano y que integran la dignidad de la persona²⁷⁶. En este sentido BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO sostiene que tales derechos son incompatibles con la expropiación forzosa y son inembargables, ya que siempre y en todo caso, lo que se efectúa mediante el procedimiento expropiatorio es la transmisión o transferencia forzosa de una titularidad jurídica, con el consiguiente cambio de sujeto. El Estado tampoco puede imponer que una persona, para pagar una deuda estatal, realice *forzosamente* actos que manifiesten su individualidad. Los derechos de la personalidad son, por tanto, inexpropiables e inembargables, sea para garantizar o suprimir deudas estatales²⁷⁷.

1.6.2 La titularidad de los derechos de la personalidad

Tras la exposición de las características de los derechos de la personalidad, hay que preguntarse quiénes son los titulares de los mismos, cuándo se inicia y cuándo finaliza dicha tutela. Está claro que para que se confiera personalidad y, por vía de consecuencia, que exista la posibilidad de ser titular de todos los derechos de la personalidad sin excepción, es condición ineludible pero suficiente, ser *persona*. Para responder a este interrogante, es decir, saber quién es *persona*, estudiaré los distintos puntos de vista doctrinales y las diferentes consecuencias que se derivarán de los diversos puntos de vista de este debate²⁷⁸.

²⁷⁶ Vid.: Capítulo I, epígrafe 1.1

²⁷⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. *op. cit.*, p. 101 y ss.

²⁷⁸ Relata MEDINA MORALES (Diego. "Persona y personalidad en la teoría pura del derecho" ...cit., p.833-851), que para Kelsen el concepto de persona es un concepto específicamente jurídico y no natural, es decir, que los conceptos de ser humano y persona son distintos. Kelsen sostiene que la persona es el conjunto de esos derechos y obligaciones, cuya unidad precisamente se expresa en ese concepto de persona. Al igual que el derecho no es el interés jurídico protegido, sino la protección del interés, la persona física no es el ser humano mismo, en la medida que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad de derechos y obligaciones, cuyo contenido pasa por definir el comportamiento de un hombre en el ámbito de lo jurídico.

1.6.2.1 El inicio de la tutela de la personalidad

Sobre el inicio de la personalidad natural, hay que recordar que existen tres teorías clásicas, con distintas concepciones, que discuten el tema. La primera es la teoría natalista, del Derecho Civil Clásico, la cual afirma que la personalidad se inicia a partir del nacimiento con vida, salvaguardando, no obstante, una protección de los derechos del “nasciturus”. Por ilación, se concluye que para esta corriente doctrinal, basta el nacimiento con vida, por un sólo instante, para exista la personalidad. No se exige, pues, el intervalo de tiempo con vida²⁷⁹. Esta concepción tiene su origen en la opinión de los juristas que están bajo el influjo de la tradición romana, pues para el derecho romano, el embrión era considerado como parte de las vísceras de la madre (*portio mulieres vel viscerum*) y no se admitía, por tanto, que el *nasciturus* fuera un ser vivo independiente, o sea, que fuese un ser humano que estuviera en pleno desarrollo²⁸⁰. Por otro lado, existe la corriente doctrinal que defiende la personalidad condicional. Esta teoría plantea el reconocimiento de la personalidad a partir de la concepción y desde que haya nacimiento con vida²⁸¹. Escribe CASTÁN TOBEÑAS que esta teoría ecléctica entiende que el origen de la personalidad se da con el nacimiento, pero, por una ficción, se reconocen algunos derechos al concebido, que retrotraen los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción. En otras palabras, admite esta tesis la regla de la antelación presumida del nacimiento (*nasciturus pro jam nato habetur quoties de eius commodis agitur*),

²⁷⁹ El Derecho Español exige que el recién nacido tenga figura humana, lo que se puede decir que está en congruencia con la teoría de la viabilidad, la cual exige no sólo que la criatura nazca viva, sino, además, que tenga aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno (*vital habilis*).

²⁸⁰ Vid. CASTÁN TOBEÑAS *.Derecho Civil Español, Común y Foral...cit.*, p. 117 y ss.; y CAMPOS, Diogo Leite de; BARBAS, Stela. “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica” em *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, vol. 61, T. III (2001), *passim*. Históricamente, se adopta este punto de vista del Derecho Romano, ligando la adquisición de la capacidad jurídica al momento del nacimiento con vida. La opinión de los antiguos romanistas, que exigían el requisito de la viabilidad como condición necesaria para la existencia de la persona humana, está ya muy desacreditada. Es la teoría predominante en la doctrina científica y en las legislaciones (Código Alemán, suizo, novísimo de Italia, etc).

²⁸¹ Se habló, en este sentido, de la división de la personalidad en dos acepciones. La primera sería la *personalidad natural formal*, representando las circunstancias de los fetos, de los embriones *in vitro* y de los que jamás vivirían la vida extra-uterina, defendiendo que solamente serían titulares de derechos de personalidad. La otra sería la *personalidad natural material*, atribuida a los que nacen con vida, los cuales ya serían titulares de otros derechos (patrimoniales, y, por consiguiente, tendrían capacidad de derecho.

equiparando el *infans conceptus* al ya nacido, para asegurar sus intereses²⁸². Dicho autor defiende que tal teoría es históricamente falsa, artificiosa e innecesaria, pues plantea que el concebido es una esperanza de ser humano (*spes hominis*) y argumenta que los supuestos derechos que se le atribuyen no suponen el reconocimiento de su existencia jurídica, ni implican ficción alguna, pues son un caso de protección de intereses expectantes y futuros, que sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos. Por último, hay que hacer alusión a la tercera teoría, la concepcionista, la cual afirma que la personalidad empieza desde la concepción. El ordenamiento jurídico, pues, debe atribuirle al *nasciturus* algunos derechos que le hacen ser considerado como persona²⁸³.

El carácter de este trabajo no permite abrir la discusión que el tema merece. El debate de las tres teorías no suele tener un cariz puramente técnico-normativo²⁸⁴, pues se extiende a otros ámbitos en los cuales no procede adentrarse²⁸⁵. Para no apartarme del enfoque de esta investigación, lo que puedo decir aquí es que de una u otra forma, los ordenamientos jurídicos actuales suelen elegir una de estas teorías. Las influencias filosóficas, sociológicas, religiosas, económicas, políticas de cada Estado concretan la adopción de la teoría que se considera más convincente y de acuerdo con la idiosincrasia de cada uno. Lo que considero más importante es que se obtenga el respaldo del ordenamiento jurídico del Estado para el reconocimiento de que la persona posee

²⁸² CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil Español, Común y Foral...cit.*, p. 117.

²⁸³ CASTÁN TOBEÑAS (*Ibid.*) también cita la teoría psicológica o de la conciencia o sentimiento de la personalidad: el individuo no debe ser considerado como capaz de ser sujeto de derecho hasta que adquiere el sentimiento de su personalidad jurídica, momento que tiene que ser posterior al de la adquisición de la personalidad psicológica. Reconoce que como en el niño se contiene en potencia la personalidad jurídica que poco después ha de desarrollarse, es aceptable la presunción que establecen las leyes de que el individuo humano comienza a ser *subjectum iuris* desde que nace vivo y viable.

²⁸⁴ Reserva de los derechos sucesorios del *nasciturus*, la prohibición penal del aborto. Lo que no es conveniente olvidar es que los ordenamientos conceden derechos, pero nunca obligaciones al *nasciturus*. Como sostiene BUSTOS PUECHE (*Manual sobre los bienes...cit.*, P. 53), la norma protectora del *nasciturus* de ninguna manera puede servir para proteger bienes no patrimoniales o que carezcan de significado económico.

²⁸⁵ Sería una discusión sobre la titularidad del derecho a la vida, el cual es un problema jurídicamente insoluble. Como advierte PÉREZ ROYO (*op. cit.*, p. 315) la sociedad, a través de sus representantes democráticamente elegidos puede tomar una decisión e imponer su cumplimiento. Esta decisión es *voluntas* y no *ratio*, no es explicable en términos jurídicos.

personalidad, y que, por tanto, es titular de y puede ejercer los derechos inherentes a la misma, en cualquiera de las teorías adoptadas²⁸⁶.

Ahora bien, sobre el ejercicio²⁸⁷ efectivo de estos derechos GARCÍA GARNICA afirma que, atendiendo al carácter personalísimo de estos derechos, resulta lógico, en principio y con carácter general, que su ejercicio sea confiado a su titular, así como que se excluya la posibilidad de que sean ejercidos por “sustitución”, ya sea por la vía de la representación, ya sea por otra vía (subrogación, gestión de negocios ajenos, etc.), de modo que, en una primera impresión, resulta en cierta manera coherente la exclusión legal del ejercicio de los derechos de la personalidad de los menores de edad del ámbito de la representación legal de sus padres (o tutores)²⁸⁸. No obstante, como advierte ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ, en la medida en que el menor tiene limitada su capacidad de obrar, sólo podrá ejercer los derechos de la personalidad cuando tenga *suficiente capacidad de autogobierno*, pues sería una figura inútil para garantizar los bienes jurídicos de la personalidad, si el menor no tiene esta suficiencia. Por ello, razona la referida autora, el ordenamiento jurídico debe buscar formas de proteger los bienes de la personalidad de los menores, pues la dignidad y la personalidad son valores superiores del ordenamiento jurídico que fundamentan el orden político y social, en otras palabras, la protección de los bienes de la personalidad es una cuestión de orden público, pues

²⁸⁶ Informa PINTO (Paulo Mota. “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade” ...cit., p.220) que según la jurisprudencia alemana, ni el *nasciturus*, ni las personas fallecidas son titulares del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Dicha exclusión no quiere decir que no exista una posible tutela del bien jurídico “vida en formación”.

²⁸⁷ Aquí se discute, en realidad, la capacidad de hecho de la persona. Sobre este punto, es necesario hacer un paréntesis sobre la diferencia existente entre la doctrina de los tres países, objeto del estudio comparado. En España, se suelen coincidir los conceptos de personalidad y capacidad jurídica (de derecho), mientras que en Portugal y en Brasil, hay una tendencia a separar tales institutos jurídicos. Como admite CASTRO MENDES (João. *Teoria Geral do Direito Civil*...cit., p.84-85) la personalidad es la susceptibilidad de ser titular de derecho y obligaciones, y la capacidad es la medida de derechos y obligaciones de que una persona es susceptible. Si bien la personalidad es puramente cualitativa, absoluta, no se admiten grados – ser más o menos persona –, la noción de capacidad es tendencialmente cuantitativa. Creo que la idea doctrinal luso-brasileña se centra en que el ser humano es una entidad pre-jurídica que impone al Derecho un conjunto de reivindicaciones, y dentro de éstas, el reconocimiento de la personalidad. Por ello CAMPOS y BARBAS (“*O início*...cit., p. 1259) sostienen que la personalidad jurídica no es una creación del ordenamiento jurídico, pues éste se limita a reconocerla como estatuto jurídico, como un derecho innato a todas las personas.

²⁸⁸ GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *El ejercicio de*...cit., p. 77.

existe un interés general en que esos bienes queden salvaguardados²⁸⁹. Sobre esta circunstancia, GARCÍA GARNICA expone que existen dos hipótesis: a) que el menor tenga suficiente capacidad volitiva e intelectual para llevar a cabo por sí mismo el ejercicio de sus derechos de la personalidad, aunque carezca de capacidad de obrar plena; b) que el menor carezca de capacidad natural para gobernarse por sí mismo, transitoria o permanentemente²⁹⁰. La citada autora argumenta que las condiciones de madurez pueden servir como criterio determinante de la capacidad de ejercer los derechos de la personalidad, pues tal criterio: 1) hace prevalecer la tutela de la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad de los menores frente a la seguridad jurídica y la protección de terceros, que imperan en el ámbito patrimonial; 2) afirma que la restricción de la capacidad de obrar con carácter general puede ser una medida proporcionada y aceptable para tutelar los intereses patrimoniales de la persona que carece de plena madurez o que tiene mermada sus facultades mentales, sin embargo, no lo es en el ámbito de esos derechos personalísimos, pues sería contrario a los referidos valores constitucionales imposibilitar el ejercicio *per se* de sus derechos fundamentales, o restringir la autonomía de quienes se encuentren en condiciones adecuadas para comprender y aceptar las consecuencias de sus actos; 3) no procede la sustitución de la propia persona en el ejercicio de los derechos de la personalidad, dada su condición de derechos personalísimos.

En efecto, el razonamiento empleado por la autora, además de ser coherente con la característica personalista de los derechos de la personalidad, indica un camino para que los juristas e incluso para los legisladores cambien su modo de pensar cuando estén delante de este controvertido tema. Empero, el criterio del reconocimiento de la efectiva madurez de los menores de edad, por ser abstracto, puede tornarse un obstáculo práctico, en el momento de la interposición de una demanda, firmar contratos, etc., cuestión que aquí no puedo abordar. Del mismo modo, recuerda la autora que, dada la diversidad de los derechos de la personalidad, hay que tener en cuenta que son distintas las condiciones

²⁸⁹ LAMA AYMÁ, Alejandra de. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 48.

²⁹⁰ GARCÍA GARNICA, *op. cit.*, p. 77 y ss.

de madurez necesarias para que el titular pueda ejercerlos. La legislación española²⁹¹, por ejemplo, ha hecho una opción política que está en consonancia con dicha teoría cuando establece que siempre que los menores de edad o incapaces posean madurez suficiente para ello, se exige su consentimiento para que no sean consideradas ilícitas las intromisiones en su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Ésta parece ser también la opinión de una corriente doctrinal en Portugal, pues como argumenta PAULO MOTA PINTO, “em relação a menores e incapazes, uma vez que se trata de direitos que tutelam bens pessoais, dever-se-á exigir também o consentimento do menor para a sua limitação, se ele já tiver maturidade suficiente²⁹²”.

En este sentido, es innegable que conlleva una cierta dificultad llegar a un criterio objetivo que permita valorar la madurez de los menores de edad e incapacitados. Se suele calificar de indeterminado el concepto jurídico normativo que rige estas situaciones, el cual tiene que aplicarse a cada caso según los criterios o patrones sociales que demuestren las condiciones psicológicas del menor o del incapaz. Cada ordenamiento jurídico deberá sopesar tal criterio para admitir esta posibilidad de ejercicio de los derechos de la personalidad, cuando el menor ya posea la madurez necesaria. Por otro lado en la medida en que el ejercicio de estos derechos permite a su titular gozar de los atributos esenciales e inherentes a su persona, en este ámbito debe prevalecer la tutela de la dignidad de la persona humana y del libre desarrollo de la personalidad²⁹³. Como defiende ANA LAURA CABEZUELO ARENAS, es indiscutible la necesidad de permitir que el menor maduro se pronuncie, quedando relegada la autorización paterna tan sólo a aquellos casos en lo que no se aprecie en el menor un grado de discernimiento

²⁹¹ Art. 3º, de la Ley Orgánica 1/ 1982, de 5 de mayo y el art. 4º, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. *Vid:* ALCÓN YUSTAS, María Fuencisla. “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores” en *Jornadas sobre derecho de los menores* (coord. por Isabel E. Lázaro González, Ignacio V. Mayoral Narros), 2003, p. 385-394.

²⁹² PINTO, Paulo Mota. “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português” em *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Ingo Wolfgang SARLET (org.). Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2000 p. 61-83.

²⁹³ GARCÍA GARNICA, María Carmen. “Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y la propia imagen y su trascendencia jurídica” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González), Vol. 1, 2004, pg. 1876.

que le permita decidir por sí mismo²⁹⁴. Con relación a los menores de edad sin la madurez necesaria, hay que concordar con las razones de LAMA AYMÁ, que plantea que quien represente a tales seres humanos en formación, debe cumplir una serie de deberes para asegurar estos bienes jurídicos. Por ser una cuestión de interés público, el Ministerio Fiscal y las instituciones públicas tienen que participar e intervenir en aras de la salvaguardia de los bienes de la personalidad del menor, cuando éstos no quedan tutelados correcta o suficientemente. Admite la citada autora esta protección excepcional, pero advierte que ni los titulares de la patria potestad ni el Ministerio Fiscal defienden un derecho propio, sino que en ambos casos existe un interés legítimo en la tutela de bienes jurídicos de la personalidad ajenos, justificado, en el primer supuesto, por la relación paternofamiliar, y en el segundo, porque el Ministerio Fiscal encarna el interés público existente en la defensa de estas personas²⁹⁵.

Así, se considera razonable, pues, que los representantes legales sólo ejerzan los derechos de la personalidad de su representado si concurren dos presupuestos: 1) que el sujeto carezca de capacidad de ejercicio suficiente para llevar a cabo por sí mismo tal acto y 2) que la actuación sea objetivamente beneficiosa, o la pasividad ante una situación que afecte al interés de protección del menor sea claramente desaconsejable²⁹⁶. Por todo ello, las conclusiones apropiadas son: que los menores de edad poseen personalidad propia desde su nacimiento; es conveniente que el menor maduro se pronuncie sobre el uso de sus derechos de la personalidad y quede relegada la autorización paterna tan sólo a aquellos casos en los que no se aprecie en el menor un grado de discernimiento que le permita decidir por sí mismo; que el ordenamiento jurídico confiere a sus responsables legales, dado el legítimo interés en defenderlos, el poder-deber de proteger su personalidad; tienen los responsables legales el deber de respetar la personalidad de los menores y promover su desarrollo, fijando y respetando, además, la existencia o no de la madurez del menor, que será un parámetro para decidir si

²⁹⁴ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. “Sentencia de 13 de Julio de 2006: Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un menor. Irrelevancia de la finalidad a la que se orientase la publicación incontestada de la imagen” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 74, 2007, p. 931-952.

²⁹⁵ LAMA AYMÁ, Alejandra de. *La protección de los derechos de la personalidad del menor...* cit., p. 49.

²⁹⁶ GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *El ejercicio de los Derechos...* cit., *passim*.

pueden actuar en las cuestiones que estén dentro del ámbito de sus derechos de la personalidad.

1.6.2.2 La protección *post mortem* de la personalidad humana

Siguiendo todavía con el problema de la titularidad y el ejercicio de los derechos de la personalidad, conviene referirse ahora al momento en que no se podrá solicitar ya la protección jurídica de estos bienes de la personalidad. La respuesta inmediata, se supone, es que con la muerte se extingue la personalidad. No obstante, hay que recordar que los ordenamientos jurídicos suelen regular dos posibilidades sobre muerte: la muerte natural y la muerte presunta (*ficta mors*). Se considera la muerte presunta el caso de una persona que está ausente durante demasiado tiempo y existe una alta probabilidad que haya fallecido, pero cada ordenamiento jurídico tiene sus peculiaridades para considerar el óbito de los ausentes. De otro lado, la muerte natural es el límite del ciclo vital del ser humano y es sinónimo de cuando se extingue la personalidad natural, y por tanto, se termina la posibilidad de ser sujeto de derechos y de obligaciones. En esta línea, el interrogante que surge se ciñe a las posibilidades de protección *post mortem* de la personalidad del *de cuius* por parte de sus sucesores. Al principio, se entendió que los derechos de la personalidad, en virtud de su carácter personal, terminaban con la muerte de su titular. Otros autores plantearon que si fueran intereses morales, sobrevivirían en cuanto fuesen intereses jurídicamente protegidos. Habría, pues, un fenómeno de herencia moral, al lado de la patrimonial²⁹⁷. De todos modos, creo que esta cuestión tiene sus raíces en el pasado derecho romano. Como enseña MACARENA GUERRERO LEBRÓN la tutela *post mortem* de la personalidad consistía en esa época en la concesión a los herederos de la posibilidad de invocar la *actio iniuriarum* para defender a la persona fallecida ante la *iniuria* que pudiera dirigírsele²⁹⁸. La citada autora expone que en los casos de lesión derivada de actos ilícitos que tuvieran carácter personal, la protección

²⁹⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. “O estatuto jurídico da pessoa depois da morte” em *O Direito*, ano 139, 2007, II, p. 245-253.

²⁹⁸ GUERRERO LEBRÓN, Macarena. *La protección jurídica del honor “post mortem” en Derecho Romano y en Derecho Civil*. Editorial Comares, Granada: 2002, *passim*.

jurídica se ejercía a través de la *acciones vindictam spirantes*. Por la peculiaridad del carácter personalísimo, se entendía intransmisible tal *actio*, lo que suponía que si la víctima de un delito de *iniuria* falleciese, no podrían sus herederos reclamar por ello, con la salvedad de los casos que ya hubiesen llegado a la *litis contestatio*. Relata la autora que es posible dividir en tres grupos las opiniones doctrinales sobre quién era el sujeto pasivo del delito de injuria cuando la ofensa se dirigía a una persona fallecida: 1) el propio difunto (DE VISSCHER); 2) la herencia personificada (VOCI) y 3) los herederos (DE SIMONE). Para razonar mejor sobre qué teoría sería la correcta, la referida autora indica el texto D. 47, 10, 14 (Ulpiano 56 *ad ed*), que alude a las denominadas *iniuriae indirectas*, las causadas a una persona a través de otra. Por ejemplo, éstas serían las ofensas dirigidas a las personas que están bajo *potestad*, como los hijos de familia, los esclavos, la mujer, de tal forma que repercutían en los padres, dueños, maridos y otros allegados. Dicho de otro modo, la *iniuria* causada al hijo de la familia, además de estar dirigida a él mismo, afectaba también al padre; la *iniuria* causada a una mujer bajo potestad afectaba, igualmente, a su marido y/o a su padre, además de a ella misma. Ello favorece el razonamiento de que la ofensa cometida contra los herederos a través del *de cuius* sería otro supuesto de *injuria indirecta*.

Los textos de Ulpiano aún añaden que la injuria causada al cadáver afectaría a la dignidad de los herederos (*spectat enim ad existimationem nostram si qua ei fiat iniuria*), pues este autor atribuye a los herederos la calidad de sujeto pasivo, lo que supone un argumento más a favor de la existencia de la injuria indirecta. GUERRERO LERÓN llega, con acierto, a la conclusión de que el cuerpo sin vida carece de sensibilidad, no pudiendo sentirse ofendido ante ninguna actuación dirigida contra él y, por lo tanto, de la injuria dirigida al difunto son víctimas sus herederos, en cuanto son las personas que permanecen con vida, y también por su especial relación con el *de cuius* ya que se sienten afectados por las ofensas que pudieran dirigirse contra él. Por lo que, al ser *injurias indirectas*, en principio se trata de la utilización del cadáver como *medio* para ofender a los herederos. El interés del heredero en defender la reputación del difunto reside en que su consideración personal se ve afectada por la vinculación que tenía con el *de cuius*, es

decir, el heredero no defiende un derecho ajeno – del finado –, sino su propio honor e incluso el de su familia, que puede verse afectado por la reputación que el difunto tenía en la sociedad. Todo esto se explica también por el concepto de familia propio de la época clásica, el cual se basaba en la preeminencia del *pater familias*. Además de tener poder sobre los suyos, cualquier atentado contra el *pater* podía suponer una ofensa al colectivo que él regía: la familia. En este sentido, fallecido el *pater* era el heredero quien sería el garante de la reputación familiar. En efecto, la circunstancia de que la legitimación activa se conceda al heredero y no a los familiares en general, aparece íntimamente relacionada con la religión²⁹⁹. Las primeras manifestaciones de la religión romana son las de carácter doméstico o familiar. Cada familia tenía su culto, sus propios altares, el sacerdote era el propio *pater familias* y el lugar de ceremonias era el propio hogar. La época clásica, por tanto, estaba basada en una concepción de la familia como comunidad de vivos y difuntos, dado que los familiares fallecidos eran considerados seres sagrados, y eran honrados por los que sobreviviesen. Así, el derecho sucesorio en Roma

²⁹⁹ De forma distinta, cabe recordar que los griegos no veían la distinción entre lo político y lo religioso. Los dioses simbolizaban el orden de la naturaleza. En todo había una representación divina. Para Homero el tiempo, el espacio y la materia eran dioses. La ciudad (*polis*) contenía dioses. Los griegos reverenciaban su ciudad por este motivo. La *polis* constituía la respuesta natural a la exigencia humana de un orden humano. Era un elemento del orden de la naturaleza destinado a asegurar la especie humana contra las eventualidades o casualidades. Se consideraba el orden político esencialmente inmutable. Puede recordarse aquí la afirmación de Tucídides que, durante las guerras del Peloponeso, cuando Atenas fue atacada por la peste, alegó que este hecho era una consecuencia de las fuerzas de la irracionalidad que habían invadido y tomado la ciudad. Los griegos creían que si fuese destruida la organización de la *res pública*, el ser humano estaría desprotegido. Por ello los filósofos buscaban una estructura política ideal, más estable y natural. Para PLATÓN y ARISTÓTELES la ciudad era auto-suficiente, autárquica. La concebían como un territorio capaz de producir lo suficiente para satisfacer las necesidades económicas, espirituales y religiosas de sus habitantes. En *Las Leyes* de PLATÓN, el universo/espacio donde la persona estaba ubicada era un eterno modelo que servía para el comportamiento humano. Es necesario decir que el culto a algunos dioses oficiales era una de las funciones de la sociedad organizada. La vida religiosa, por su importancia, estaba inserta en el bien común y, por lo tanto, controlada por el poder público. La libertad religiosa o el pluralismo religioso no eran aceptados: la religión del Estado debía ser obligatoriamente impuesta. En sentido contrario, los epicúreos, los cínicos y los estoicos preconizaban que quien quería ser diferente, “fuera del mundo” de los otros sumisos y naturales, renunciaba al mundo. El ciudadano que votaba en las asambleas griegas no era considerado el verdadero autor de la ciudad, era calificado como un simple objeto difuso en la ciudad. Los ciudadanos eran un medio y no un fin, no eran autores de la ciudad, pero estaban sometidos a sus leyes. Por otro lado, para los cristianos (como también para los hebreos) el mundo es obra de un creador. La existencia del mundo metafísico es posible porque hubo “Su” creación. Dios es considerado una realidad plena, distinta de la realidad del mundo. La relación de Dios para con el mundo no era la misma relación que la del alma con el cuerpo. Se negaba el carácter sagrado del mundo natural, desligándose la base de la religión de la naturaleza. La filosofía cristiana enseñaba que el reino de Dios no es de este mundo, lo que, de alguna forma, favorecía la afirmación de la personalidad humana individual.

nace fundamentalmente como forma de perpetuación del culto familiar, de ahí que el heredero no era sólo el continuador patrimonial del causante, sino el encargado de rendir culto a los antepasados en la religión doméstica. En otras palabras, el descendiente debería honrar y hacer sacrificios a favor de los *manes* de sus antepasados, recibiendo, a cambio, la ayuda y la fuerza que necesitaba, de forma que el antepasado continuaba formando parte de la familia. Tanto es así, que se hablaba de la sucesión universal como sucesión del heredero *in locum et in ius*, identificada con la idea de que el heredero se coloca en la misma posición que el difunto – concepción personalista de la sucesión *mortis causa* universal – y más tarde se vio en esa expresión un fenómeno patrimonial de adquisición del *universum ius* del difunto. La herencia, pues, significaba la continuidad de la familia y abarcaba un contenido más amplio que el puramente patrimonial. La razón de la designación del heredero para la tutela de las ofensas a la personalidad del fallecido se justifica, por tanto, en el razonamiento de que si él pertenece a la familia es obvio que pueda sentir la *iniuria* que se dirige al difunto. Tras la adición de la herencia, la posibilidad de ejercicio de la acción por injurias por parte del heredero se hace en nombre propio, suscitándose el conflicto sobre la intransmisibilidad. No debe, por tanto, confundirse la intransmisibilidad de la titularidad activa de la acción por injurias con la posibilidad de ejercicio de la misma por parte del heredero ante las ofensas hechas al cadáver, supuesto en el cual, el heredero ejerce la acción en nombre propio. Hay que observar que la posibilidad de interponer esta acción era una potestad discrecional del heredero, que emprendía su defensa ejerciendo la *actio iniuriarum*. Sería, pues, el heredero, el sujeto pasivo y el legitimado activo para el ejercicio de la acción en tanto se veía afectado *indirectamente* por la *iniuria* que se dirigía al *de cuius*, en cuanto sucesor del muerto y continuador de la familia.

Este sentimiento de unidad familiar en torno a los suyos perduró en el seno de la sociedad occidental con el paso del tiempo y hoy día tiene reflejo en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Por lo general, se suele atribuir a los herederos la legitimación para demandar a quien atente contra el ámbito moral del fallecido, protegiendo *el halo de su memoria*, pero no *su derecho de la personalidad*. Lo que se argumenta, en *grosso*

modo, es que no es dable imputar a los herederos la titularidad del derecho de la personalidad del *de cuius*, como ya se ha explicado más arriba. En este caso, no se vulnera de modo directo a la personalidad particular del sucesor, pero se admite una legitimación procesal (adjetiva) para la defensa de un bien jurídico que tiene por la finalidad la tutela de la memoria del *de cuius*. Merece atención, pues, el comentario de CAMPOS cuando opina que esta tutela siempre será ejercida atendiendo a los intereses del fallecido, indicando que no se trata de un interés “propio” del sucesor, pues puede que este interés sea incluso contrario al del *de cuius*³⁰⁰. No obstante, no se trata de que las personas fallecidas puedan ser titulares de los derechos de la personalidad, sino, simplemente, que el ordenamiento considera que, tras su muerte, subsiste, ya que no el derecho subjetivo, sí un bien jurídico digno de protección. Fallecida la persona, queda el halo de la memoria de la persona, y la protección de esta última justifica la concesión a ciertos sujetos de una especial legitimación “*post mortem*” para el ejercicio de las acciones que, de estar vivo, hubieran correspondido al titular del derecho³⁰¹.

Este razonamiento también parece ser el de REBELO cuando afirma³⁰² que el artículo 71³⁰³ del Código Civil Portugués protege el respeto a los difuntos, como valor ético y como concreción de la defensa de la inviolabilidad moral de sus descendentes y familiares³⁰⁴. En el ámbito penal, el derecho portugués establece una pena de prisión para quien ofenda gravemente la memoria de una persona fallecida³⁰⁵. En la experiencia

³⁰⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. “O estatuto jurídico da pessoa depois da morte”...cit., p. 252.

³⁰¹ PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003, p 117 y ss.

³⁰² REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil*...cit., p.49.

³⁰³ “Art. 71. (ofensa a pessoas já falecidas). 1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular. 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.2º do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. 3. Se a ilicitude da ofensa resultar da falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências a que o número anterior se refere”.

³⁰⁴ En este sentido MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra Editora: Coimbra, 2005; PINTO, Paulo Mota. “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português” em *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Ingo Wolfgang SARLET (org.). Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2000 p. 61-83.

³⁰⁵ “Artigo 185. Ofensa à memória de pessoa falecida: 1 - Quem, por qualquer forma, ofender gravemente a memória de pessoa falecida é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias. 2

española, 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 dedica tres artículos que regulan quién tiene legitimación procesal para defender la memoria de la personalidad de la persona fallecida³⁰⁶. Sin embargo, en España la intimidad familiar está protegida por la Constitución, lo que podría conformar, en realidad, un ejercicio de un derecho propio del integrante de la familia, si es ésta la afectada. Se configuran, pues, dos legitimaciones, de dos derechos distintos: una cosa es defender la memoria del difunto, y otra la propia intimidad u honor, ofendidos de algún modo por la vulneración de aquélla³⁰⁷. Hay que tener en cuenta que la Constitución Española prevé expresamente el derecho a la intimidad familiar, lo que, en otras palabras, significa que existen actos que afectan a la familia como una unidad. En estos supuestos, lo que se estaría defendiendo sería un derecho a la intimidad propio constitucionalmente protegible y no ajeno. En esta línea, la decisión más famosa que ilustra la posición de la jurisprudencia constitucional española es la STC 231/1988 que sobre el derecho a la intimidad personal y familiar establece, en concreto, que en principio se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente entre ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo

- É correspondentemente aplicável o disposto: a) Nos nºs 2, 3 e 4 do artigo 180º; e b) No artigo 183º. 3 - A ofensa não é punível quando tiverem decorrido mais de 50 anos sobre o falecimento”.

³⁰⁶ “Artículo 4º. 1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. 2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. 3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a la instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento. Artículo 5º. 1. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido. 2. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento. Artículo 6º. 1. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercer por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercerse por las personas señaladas en el artículo cuarto. 2. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere”.

³⁰⁷ CABEZUELO ARENAS; Ana Laura. “Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 1999, pg. 1577-1586.

protegida por el artículo 18 CE (honor, intimidad y propia imagen). El Tribunal plantea que habrá de examinar en cada caso de qué acontecimientos se trata y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión, pero al menos no cabe duda de que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de la sociedad española, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Conviene observar que en esta decisión el Tribunal sigue la línea jurisprudencial y doctrinal vigente en España, la cual separa la tutela constitucional, que sería la indicada para defender el aspecto moral de los derechos de la personalidad, y la tutela civil, la que se refiere a los aspectos pecuniarios de tales derechos. El TC decide que la tutela jurídica en la que están comprendidas las vulneraciones a la personalidad del fallecido es la civil y no la constitucional, cuando afirma que si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales. Carecen ya de dimensión constitucional tales pretensiones económicas, pues, 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.

En el mismo sentido, CAPELO DE SOUZA escribe que la doctrina alemana de HUBMANN no admite pretensiones constitucionales en dinero, fundadas en ofensas a personas fallecidas, argumentando que al *de cuius* ya no se le puede otorgar una compensación³⁰⁸ pecuniaria, sin embargo, para el mencionado autor lusitano, la legislación portuguesa (CCivil) admite la indemnización o la compensación por pérdidas y daños³⁰⁹. Afirma que tal providencia se dirige al daño ocasionado y al bien jurídico

³⁰⁸ Se ha de reconocer que existe un único derecho a la indemnización, la cual beneficiaría a todos los sucesores, siguiendo el orden hereditario, aunque la acción no haya sido promovida por el que no sea el heredero más cercano. Los sucesores, pues, serían beneficiados con el valor pagado a título de indemnización. En otras palabras, el valor atribuido en la acción de indemnización será dividido entre los herederos legales, independientemente de la circunstancia de que algunos de ellos no fuesen parte del proceso judicial. Ello es así, pues de lo contrario, se corre el riesgo de tener una infinidad de demandas, tantas como fueran los herederos del *de cuius*.

³⁰⁹ CAPELO DE SOUZA. *O direito geral de personalidade...cit.*, p.195.

constituido por la personalidad física y moral del fallecido, tutelándose la memoria del muerto, preventiva y represivamente³¹⁰. Tal posibilidad también parece ser la aplicable a la protección *post mortem* en Brasil³¹¹, que en el Código Civil dispone expresamente en el artículo 12 que “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar *perdas e danos*, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau³¹²”. En la doctrina brasileña, tampoco se ha cuestionado esta forma de protección de la personalidad de las personas fallecidas, siempre que quede clara la idea de que lo existe es una legitimación procesal para defender la memoria del muerto, no el derecho material del *de cuius*³¹³. En realidad, no hay una transmisión del derecho de la personalidad del muerto a los sucesores, no siendo el heredero titular de un derecho propio del *de cuius*, sino que el sucesor es titular exclusivamente de una

³¹⁰ *Íd.* Con la finalidad de dar credibilidad y practicidad a la tutela jurídica, dicho autor afirma que perduran *post mortem* los límites a la personalidad que igualmente regían en vida.

³¹¹ El Código Penal Brasileño admite la posibilidad de calumnia a los muertos (art. 138, § 2º) además de prever un Capítulo (II) entero, del Título V de su articulado, para establecer los “Crimes Contra O Respeito Aos Mortos”.

³¹² Se trató de forma innovadora en el Código Civil Brasileño de 2002. La redacción del artículo 11 prescribe que: “*Con excepción de los casos previstos en ley, los derechos de la personalidad son intransmisibles e irrenunciables, no pudiendo su ejercicio sufrir limitación voluntaria*”. La interpretación de esta disposición normativa puede ser explicada con la lectura de los artículos que siguen regulando esta parte de la Ley Civil Brasileña. Pienso que la preocupación del legislador parece ser la legitimidad para requerir medidas de protección al halo de la memoria de las personas muertas. Una consecuencia lógica de estos derechos (como ya he escrito anteriormente) es que ellos se extinguen con el fin de la personalidad, o sea, con el fin de la vida: la muerte (ficticia o natural). En esta línea, no se puede hablar de derechos de la personalidad de una persona que no tiene más personalidad. Aparte de este pleonasma necesario, el Código Civil establece en el párrafo único del artículo 12 que: “*si se trata de un muerto, tendrá legitimación para requerir la medida prevista en este artículo el cónyuge sobreviviente, o cualquier pariente en línea recta, o colateral hasta el cuarto grado*”. Este texto del CCivil de Brasil ha dejado un interrogante en la cuestión de la intransmisibilidad de los derechos de la personalidad, pero ha dejado bien clara una intención proteccionista con las normas arriba descritas.

³¹³ *Vid.*: BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005; SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005; BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001; TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005, disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7590>; Acesso em: 03 nov. 2006.

legitimación procesal para actuar en defensa del *halo de la memoria* del fallecido³¹⁴, pues se tiene en cuenta esta lesión indirecta, que resulta de un daño reflejo, indirecto, comúnmente denominado “*dano em ricochete*”.

De este modo, aunque se tengan en cuenta las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico, se puede concluir que con la muerte de la persona se extinguen sus derechos de personalidad. Queda el halo de su memoria, empero, el cual forma parte del conjunto de intereses que han de preservar sus sucesores. Por ello el ordenamiento jurídico crea un bien jurídico autónomo, distinto de los derechos de la personalidad del muerto, confiando su protección jurídica, por vía de la legitimación procesal, a algunos titulares, esto es, el ejercicio de acción procesal se otorga a los indicados en la legislación para la tutela del *halo de la memoria* del fallecido³¹⁵.

1.6.2.3 Los derechos de la personalidad y las personas jurídicas

Una cuestión que era demasiado controvertida, pero que en nuestros días ya tiene una orientación clara, es saber si las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos de los derechos de la personalidad. Aunque sea apasionante, no podría tratar exhaustivamente todos los aspectos filosófico-jurídicos de este interesante tema, pero he de establecer un marco comparado de la doctrina de los tres países estudiados.

En los dos países de lengua portuguesa, existe una corriente doctrinal mayoritaria que afirma que las personas jurídicas sí pueden ser titulares de derechos de la personalidad, siempre y cuando haya compatibilidad de la titularidad con su naturaleza específica. En tierras lusitanas existe previsión constitucional expresa en la *Parte I (Direitos e deveres fundamentais), Título I (Princípios gerais)*, artículo 12: “(Princípio da

³¹⁴ No obstante, la muerte también plantea una polémica cuando se refiere al cuerpo, pero aquí no sería oportuno definir qué es un cadáver. Una de las respuestas lleva a afirmar que no es una persona ni tampoco puede ser tratado como una cosa. Sin embargo, aparte de los fines altruistas que pueden darse al cuerpo muerto, el sentimiento humano de memoria hizo que la legislación protegiese el sepulcro de los fallecidos, atribuyendo al derecho penal el imponer penas a las profanaciones de tumbas.

³¹⁵ BUSTOS PUECHE, José Enrique. *Manual sobre los bienes...* cit., p. 52.

universalidade) 1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição. 2. *As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*”. Además de esta previsión constitucional, CAPELO DE SOUZA defiende que el artículo 160 del Código Civil portugués, dispone que en la capacidad de las personas colectivas se incluyan todos los derechos y obligaciones *necesarios* o *convenientes* a la prosecución de sus fines. Exceptúa el aludido autor, los derechos y obligaciones que son inseparables de la personalidad humana (derecho a la vida, a la integridad física, espiritual y anímica, etc.)³¹⁶. Plantea que hay que reconocer a las personas jurídicas, titulares de valores y motivaciones personales, algunos derechos especiales de personalidad, que se ajusten a la particular naturaleza y a las específicas características de cada una de tales personas jurídicas, a su círculo de actividades, a sus relaciones y a sus intereses dignos de tutela. Sería el caso del derecho al nombre y a otros rasgos jurídicos reconocibles y distintivos. Asimismo, el honor, el decoro, el buen nombre y el crédito de las personas “colectivas”. Por analogía, también gozan de una protección de secreto (de correspondencia, de particularidades), de libertad de acción (prevista en sus fines estatutarios), de libertad de expresión, etc. Relata el citado autor que la posición mayoritaria no hace una equiparación, a los efectos de derechos de la personalidad, entre las personas jurídicas y las físicas, pero reconoce a aquéllas un derecho general de la personalidad, delimitado por las funciones estatutarias y legales, pero de menor extensión que el concedido a las personas físicas. Admite el autor que existe otra corriente, partidaria de la “teoría de la real personalidad asociativa”, que defiende una verdadera personalidad, análoga a la de las personas físicas y equiparada con individualidad, valor propio, dignidad y particularidades y, por vía de consecuencia, un amplio derecho general de personalidad. El autor sostiene que sí puede hablarse de un derecho general de la personalidad de las personas jurídicas, cuando sean

³¹⁶ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral...cit.*, p. 595-602. Informa el aludido autor de que la doctrina alemana antes rehusaba la atribución de un derecho general de personalidad a las personas jurídicas, pero que la jurisprudencia del BGH les concedió tal derecho, no delimitando su extensión o su límite. Ante lo cual, tres corrientes doctrinales asumieron posturas distintas. Algunos autores no aceptan la idea de un derecho general de personalidad de las personas jurídicas, reconociendo sólo algunas posiciones singulares de personalidad.

titulares de contenidos adaptados a su naturaleza³¹⁷. En esta línea, razona PAULO MOTA PINTO que no falta en la doctrina extranjera quien reconozca a las personas jurídicas la titularidad de algunos derechos de la personalidad, pero que en Portugal la lectura del Código Civil podría *prima facie* llevar a excluir esa solución, porque el artículo 70, n. 1, de esta ley, está integrado en un capítulo referente a las personas físicas y no se refiere a las personas en general. Parece, sin embargo, que estos argumentos no obstaculizan de modo decisivo la extensión de los preceptos referentes a los derechos de la personalidad a las personas jurídicas, en la medida en que éstos no sean inseparables de la personalidad física³¹⁸. Por su parte, JORGE MIRANDA argumenta que los derechos de la personalidad son primordialmente “direitos das pessoas físicas”, pero no está excluida la hipótesis de que estos derechos, o al menos algunos de ellos, sean también atribuidos a las personas jurídicas. Aduce que las personas jurídicas, a pesar de ser por naturaleza diferentes de las personas físicas y tener una importancia instrumental, “gozam dos direitos compatíveis com a sua natureza”. Afirma que no existe, pues, una distinción doctrinal clara y exhaustiva entre los derechos que son compatibles con la naturaleza de las personas

³¹⁷ Con relación a las personas jurídicas de derecho público, parte de la doctrina no obstante atribuirles, de modo limitado, algunos derechos fundamentales, CAPELO DE SOUZA (*ibid.*) opina que sólo en cada caso una persona jurídica de derecho público concreta podrá saber si tendrá o no una protección de los derechos de la personalidad compatibles con su naturaleza, y que son necesarios o convenientes a la prosecución de sus fines. Igualmente, el derecho general de la personalidad se encuentra, en esta especie de personas jurídicas, más limitado por el régimen de derecho público. Éste impone una mayor determinación, especialidad y restricción de los fines de las personas jurídicas públicas.

³¹⁸ PINTO, Paulo Mota. “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português”...cit., p. 61-83 y *Íd.* “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993, p. 539 y ss. En el mismo sentido REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão*. Lisboa: Lex, 1998 y ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Coimbra, 1987, p. 122 y 123 que admite que “aceita-se, por princípio, que as pessoas colectivas têm capacidade de gozo de direitos, nomeadamente, de personalidade (de que, segundo o autor, o direito ao nome e à honra são os exemplos mais pacíficos)”. En contra esta posición, pero admitiendo otra solución jurídica, OLIVEIRA ASCENÇÃO argumenta que las personas jurídicas no pueden ser titulares de derechos que derivan de la personalidad natural, pues no existe en la ley civil portuguesa ningún rasgo que lleve al reconocimiento de los derechos de la personalidad a las personas jurídicas. Defiende que hay que recurrir a la ley, donde puedan encontrarse respuestas jurídicas, o a los principios generales del Derecho (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. I, Introdução...cit., p.230-1). A su vez, Vital MOREIRA (*O direito de resposta na comunicação social*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 92) critica la posición doctrinal que admite la titularidad de los derechos de la personalidad de las personas jurídicas afirmando que “esta se apresenta em grande parte fundada sobre uma concepção reducionista dos direitos fundamentais, que releva essencialmente de uma precompreensão exclusivamente liberal daqueles direitos”.

jurídicas y aquéllos que no lo son³¹⁹. En la misma dirección, para GOMES CANOTILHO y MOREIRA, tal problema ha de ser resuelto con la casuística. No serían, por ejemplo, compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, pero sí lo sería la inviolabilidad del domicilio. La naturaleza de cada derecho y de la persona jurídica (atendiendo al principio de especialidad) determinan la compatibilidad "sendo incompatíveis aqueles direitos que não são concebíveis a não ser em conexão com as pessoas físicas, com os indivíduos"³²⁰.

En Brasil es pacífica la convicción de que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos de la personalidad, siempre y cuando sean compatibles con la esencia de esos dos institutos jurídicos. En este sentido, el vigente Código Civil admite expresamente tal posibilidad en el artículo 52, cuando establece que "Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade". Además de esta norma explícita, existe un consenso en la jurisprudencia brasileña sobre esta posibilidad. Conviene citar, incluso, la *súmula n° 277*, del *Superior Tribunal de Justiça*, que expresamente dice: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral". En la doctrina, pocos autores cuestionan este tema³²¹.

³¹⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...*cit., p.284.

³²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...*cit., p. 122 y ss.

³²¹ Vid. BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005; SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; BITTAR, Carlos Alberto, *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991; BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade*, 2° ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004; BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994; CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada do livro *Dano e indenização*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998; CAVALIERI FIHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo, Malheiros, 1996; FRANÇA, R. Limongi. *Manual de Direito Civil*, 1° vol., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980; GUSSO, Moacir Luiz. *Dano moral indenizável*, (Manual teórico e prático: doutrina, legislação, súmulas, jurisprudência, prática). São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000; MATTIA, Fábio Maria De, "Direitos da personalidade: aspectos gerais" em *Estudos de Direito Civil*, coord. de Antônio Chaves, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, pp. 99 ss; SANTOS, Antonio Jeová, *Dano moral indenizável*, 3° ed., São Paulo, Método, 2001; SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. Em sentido contrario TEPEDINO, Gustavo. "A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro" em *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

En España, si bien el incesante debate se centra, principalmente, en la titularidad del derecho al honor³²² de las personas jurídicas³²³, el Tribunal Constitucional ya sentó el razonamiento de que “el pleno reconocimiento constitucional del fenómeno asociativo y de la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad, exige asumir una interpretación más amplia de las expresiones con las que, en cada caso, se denomine al titular de los derechos constitucionalmente reconocidos y legalmente desarrollados (...) el término «ciudadanos» del art. 53.2 de la Constitución ha de interpretarse, por las razones señaladas, en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas³²⁴”. La justificación de esta afirmación del Alto Tribunal español³²⁵ se centra en que la

³²² Informa FELIU REY (Manuel Ignacio). *¿Tienen honor las personas jurídicas?* Tecnos: Madrid, 1990, p. 09) que se protegió el honor de las personas jurídicas por primera vez en la STS de 31 de marzo de 1930, con base en la interpretación del art. 1902, de Código Civil vigente. Se protegía el honor mercantil como manifestación de la personalidad de las personas jurídicas, independientemente de todo daño patrimonial directo o indirecto.

³²³ Existen dos corrientes doctrinales que plantean discrepancias a este respecto. Una admite que las personas jurídicas, pese a poseer una reputación diversa del honor de las personas físicas, son titulares del derecho al honor en cuanto derecho de la personalidad y, en consecuencia, debe aplicárseles la misma normativa que regula el honor individual. En este sentido están los autores CASTÁN TOBEÑAS, CARRILLO, DíEZ-PICAZO y GULLÓN; FELIU REY, HERRERO TEJEDOR, SALVADOR CODERCH. De otro lado, existe la postura doctrinal que afirma que las personas jurídicas no gozan de la titularidad del honor en cuanto derecho de la personalidad, sino que de otro bien jurídico distinto (reputación, prestigio), tutelado por la vía de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC) o por otras vías (competencia o publicidad desleal), dentro de los varios cito a ANA LAURA CABEZUELO ARENAS (*Derecho a la intimidad*. Valencia Tirant lo Blanch, 1998), ROGEL VIDE (Carlos. “Origen y actualidad de los derechos de la personalidad” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Año nº 149, Nº 1, 2002, págs. 113-134); ESTRADA ALONSO (Eduardo. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo*. Editorial Civitas: Madrid, 1989), O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “Derecho al honor” *Actualidad civil*, Nº 1, 1990, págs. 1-12, *Íd.* “Honor, Intimidad y Propia Imagen en la Jurisprudencia de la sala 1a del Tribunal Supremo”. *Poder Judicial*, Nº 14, 1989, págs. 163-190, *Íd.*, *Libertad de expresión y sus límites, honor, intimidad e imagen*. Editoriales de Derecho Reunidas. Edersa, 1991; LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid: 1996. No obstante, se ha de recordar que en territorio hispánico, como se examinará posteriormente, existe la convicción tanto doctrinal como legal y jurisprudencial de que los derechos constitucionales tratan de proteger, exclusivamente, el aspecto *moral* de las personas. Cuando se entra en el campo *patrimonial* de protección de derechos, ya no se estaría en tal ámbito constitucional, sino en el meramente *civil*. La propia estructura de la parte dogmática de la Constitución Española y, por consiguiente, el catálogo y la protección procesal que se reserva a los derechos fundamentales la refuerzan. En este contexto, la polémica en España también suscitó que dentro de la categoría de las personas jurídicas, habría que distinguir entre las personas jurídicas de substrato propiamente personalista, representadas por una colectividad de individuos (*universitates personarum*) y las personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del sustrato patrimonial (*universitates bonorum*). Las primeras, pues, podrían ser titulares de los derechos de la personalidad, las segundas no. Las sentencias 139/1995 y 183/1995 reconocen el derecho al honor de personas jurídicas esencialmente mercantiles, dos sociedades anónimas.

³²⁴ STC 241/1992, de 21 de diciembre (FJ4); STC 139/1995, de 26 de septiembre; STC 52/1995.

³²⁵ CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas” en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 12, Nº 35, 1992, p. 63-84.

Constitución de 1978 “configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio, otros se consagran en el Texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva (...) Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social”. Aún se razona que “si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan - como decíamos - su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas”³²⁶. Se estableció, pues, la posición de que los entes colectivos creados son la consecuencia del ejercicio de otros derechos fundamentales, básicamente, del derecho de asociación previsto en el artículo 22 CE, y el pleno ejercicio de este derecho induce a que la organización creada tenga suficientemente garantizada su libertad de actuación en orden a la consecución de los fines propuestos, para lo cual deberán gozar de ciertos derechos fundamentales³²⁷. El reconocimiento, pues, de manera clara y terminante en el ordenamiento jurídico español de la titularidad por las personas jurídicas del derecho al honor, como defiende

³²⁶ Admite PÉREZ LUÑO (Antonio Enrique. “El concepto de interesado en la directiva comunitaria 95/46”, en Cuadernos de derecho judicial, N.º. 13, 1997 (Ejemplar dedicado a: La protección del derecho a la intimidad de las personas en el ámbito ... (fichero de datos) / José María Álvarez-Cienfuegos Suárez (dir.)), p. 13-38) que “En efecto, la defensa de la intimidad y los demás derechos fundamentales no es privativa de los individuos, sino que debe proyectarse a las formaciones sociales en las que los seres humanos desarrollan plenamente su personalidad. De ahí que convergen intereses sociales, jurídicos y políticos en la exigencia de reconocer a las personas colectivas el derecho a la protección de datos que les conciernan. Todo ello de acuerdo con la tendencia hacia la ampliación de las formas de titularidad que constituye uno de los rasgos caracterizadores de la tercera generación de derechos fundamentales”.

³²⁷ VIDAL MARÍN, Tomás. “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º. 1, enero 2007, disponible en www.indret.com.

MANUEL ARAGÓN REYES, es, por lo demás, lo que se *admite pacíficamente* en el Derecho comparado³²⁸. Sin embargo, como recuerda el Tribunal Constitucional en la citada sentencia: “no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta”.

En efecto, la tendencia actual es el reconocimiento de que las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos de los derechos de la personalidad. Eso, por supuesto, tiene en consideración la crisis que el concepto de persona jurídica ha experimentado en su desarrollo histórico-jurídico. Como relatan JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ y CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, el concepto de persona jurídica cuenta con una dilatada historia multiseccular, y en el cual convergen las influencias del Derecho romano, del Derecho germánico, el Derecho Canónico³²⁹ y el Derecho moderno³³⁰. Su nacimiento,

³²⁸ ARAGÓN REYES, Manuel. “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información” in *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú* (coordinado por Raúl Morodo y Pedro De Vega), Tomo III, 2002, p. 1505-1527.

³²⁹ No obstante la época en la que ha sido redactada (1915), la obra de FERRARA (Francesco. *Teoría de las personas jurídicas*, (traducida de la 2ª ed. revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury; edición y estudio preliminar “¿Una persona inerte? de la teoría al “problema de la Interpretación” de las personas jurídicas” a cargo de José Luis Monereo Pérez y Cristóbal Molina Navarrete), Albolote (Granada): Comares, 2006), es de gran relevancia para que se entienda el concepto de persona jurídica. Informa el aludido autor que desde sus orígenes, tal concepto ha tenido fuerte impronta iuspublicista. En la época clásica, donde regía el Imperio romano, desaparecía el Derecho privado. El concepto de personalidad del Estado en el comercio privado era completamente extraño al sentido jurídico de la República. No se separaba el Estado como soberano y legislador del Estado como sujeto activo o pasivo de derechos patrimoniales. El Estado, aun en sus relaciones patrimoniales, no descendía al nivel de los demás individuos, estando coordinado o a la par con ellos, sino que permanecía siempre soberano: el *populus romanus*. Por eso el Estado no era una persona jurídica. El derecho romano antiguo ignora el concepto de persona jurídica, pero algunos autores suelen indicar que tal figura sirvió de modelo formal para los entes colectivos que se manifestaban concretamente en organizaciones de tipo asociativo, fundadas en atención a motivos religiosos, lúdicos y/o profesionales (*collegia, corpora, sodalitates*). Sin embargo, se suele afirmar que las “personas jurídicas” romanas son cuerpos publicísticos, a los cuales va ajena la capacidad jurídica. Por su parte, el Derecho germánico no veía en las asociaciones más que la pluralidad de personas que tienen bienes comunes, pero no tuvo la conciencia de un ente que se destaca y se eleva sobre a pluralidad de las personas coligadas. El Derecho germánico no reconoce a las personas jurídicas, sino sólo personas físicas. Las asociaciones germanas no son otra cosa que reuniones de personas que poseen bienes *in mano comune*, formas de comunidad, y no personas jurídicas. En el Derecho canónico los cristianos están en el seno y bajo la protección de la Iglesia, pero no forman la Iglesia; ésta encuentra su unidad en su jefe divino y en su representante terreno; es una institución sagrada, inmutada e inmutable que encuentra fuerza y su origen en Dios. Con esto, el momento corporativo ha desaparecido: la *universus coetus christianorum* es el sólo objeto de la potestad espiritual de la Iglesia, es la ciudadanía de este imperio religioso; pero la Iglesia

no obstante, afirman estos autores, se vincula al momento estelar de la dogmática jurídica como ciencia del Derecho. Hacia el final de la Edad Media, y la consiguiente descentralización del poder político, hubo un impulso a la creación de organizaciones de individuos (gremios), que no sólo defendían sus intereses, sino que además determinaban su posición y situación social. Con el descubrimiento de América y el deseo de conquista y de colonización, se hizo necesario recurrir a los medios privados para que financiasen esas empresas, pues las haciendas públicas no eran suficientes para ello. Estas circunstancias facilitaron el apogeo del comercio y de las relaciones comerciales transoceánicas³³¹, potenciando el surgimiento de las sociedades de comercio y atribuyendo a tales asociaciones una personalidad diferenciada de sus miembros. Ello favoreció la construcción del concepto de personalidad jurídica. Los particulares (empresarios de la época) estaban interesados en las riquezas que las inversiones en estas sociedades de comercio les pudieran ofrecer, pero eran conscientes de los altos riesgos a los cuales estarían sometidos. El Derecho se encontró, pues, con la necesidad de que se creara una nueva figura jurídica que regulase esta nueva situación social. Por eso, se concedió a estas sociedades el privilegio de que sus socios tuvieran una responsabilidad limitada al importe de sus participaciones sociales, respecto de las deudas de la corporación, lo que permitió su expansión y configuró la estructura de la sociedad anónima, que pasó a ser considerada como forma típica de persona jurídica³³².

por sí es una institución más allá y de los fieles, que ha sido fundada por una suprema voluntad. Se identifica, sin embargo, las *univeritates bonorum*, que eran grupos de bienes destinados a un fin, comúnmente religioso o para la realización de obras de caridad, por su fundador. Pero el punto de partida del análisis moderno de la categoría *persona jurídica* es el nacimiento y posterior desarrollo de la sociedad anónima.

³³⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. "Estudio preliminar: ¿Una persona inerte? de la teoría al "problema de la Interpretación" de las personas jurídicas" en FERRARA Francesco. *Teoría de las personas jurídicas*, (traducida de la 2ª ed. revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury; Albolote (Granada): Comares, 2006, p.XV.

³³¹ A partir de las compañías creadas en el siglo XVI para el comercio con las Indias Orientales y Occidentales.

³³² Relata CAPILLA RONCERO (Francisco. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Tecnos: Madrid, 1984, p.34 y ss.) que el uso del término *persona*, en relación con los supuestos institucionales a los que actualmente se reconoce el atributo de la personalidad jurídica se produce a partir, fundamentalmente, de la idea de Sinibaldo FLISCO a mediados del siglo XIII. Fue este autor el introductor del término *persona ficta* que acabaría afirmándose frente a los *corpora* y *universitates*. *Persona ficta* sería una ficción según la cual se considera a las corporaciones como si fueran personas; pero sólo se finge que lo son. La *persona ficta* sería, pues, un *nomen intellectuale*, un invento de los juristas.

Calificando a la sociedad anónima como persona jurídica, se crea un nuevo sujeto de derechos, quien asume la condición de comerciante, que posee un patrimonio propio, integrado por las aportaciones de los socios, pero distinto del patrimonio particular de éstos, y sujeto a la responsabilidad patrimonial universal frente a sus deudores³³³. Además, la construcción de la teoría del “derecho subjetivo³³⁴” y la necesidad de dilucidar el tipo de titularidad que corresponde a los miembros de una corporación sobre los bienes y derechos destinados a la consecución de fines corporativos llevan a colocar a la persona jurídica, al lado de la persona física, como otra especie, pertenecientes ambas al género persona - sujeto de derechos y deberes y centro de imputación de relaciones jurídicas.

Escribe ALMA MARÍA RODRIGUEZ GUITIAN que varias teorías han intentado conceptualizar la nueva figura asociativa³³⁵. Por su parte, CAPILLA RONCERO las divide en tres grandes grupos³³⁶: afirma que una corriente doctrinal tienen en común el hecho de que pretende aislar la esencia de las personas jurídicas; otros teóricos prefieren describir funcionalmente la labor desempeñada por las personas jurídicas extrayendo de ello un concepto funcional; y existen también otros autores que intentan o bien encontrar conceptos alternativos, prescindiendo del concepto de persona jurídica, o bien, sin desterrar el término persona jurídica, reducir su contenido o función a un

³³³ BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Thomson Aranzadi, Navarra: 2006, p. 31-38. La autora explica que esta incomunicación entre el ente personificado y los miembros o sujetos que lo controlan, que da base a que los intereses de la persona jurídica sean ajenos a los intereses particulares de sus miembros, se denomina el dogma del hermetismo de la persona jurídica. Plantea que “de este modo, las propiedades, deudas o créditos de la persona jurídica nada tienen que ver con los miembros de ella ni viceversa”.

³³⁴ CAPILLA RONCERO (Francisco. *La persona jurídica: funciones...cit.*, p.42-43) traza una evolución de la idea del derecho subjetivo en este período y aduce que la nueva concepción de derecho subjetivo vino a solucionar la exigencia planteada por la predefinición del sistema jurídico como conjunto de derechos subjetivos individuales. Ante la realidad de la creación de la persona jurídica, en la cual el miembro aislado ostenta una condición sobre los bienes corporativos y que no corresponde en absoluto con el antiguo concepto de derecho subjetivo, pues el socio no puede ser considerado directamente el titular de un derecho subjetivo sobre tales bienes, se razonó que el *conjunto* de los miembros (y en cuanto tales) ha de ser reconocido como el titular de los derechos subjetivos. Se considera, pues, que la titularidad corresponde a un único y nuevo sujeto que se identifica con ese conjunto unitariamente considerado: la persona moral o jurídica.

³³⁵ RODRIGUEZ GUITIAN, Alma Maria. *El derecho al honor de las personas jurídicas*. Editorial Montecorvo S. A., Madrid: 1996, p. 55 y ss.

³³⁶ CAPILLA RONCERO (Francisco. *La persona jurídica: funciones y disfunciones...cit.*, p.44.

mínimo exiguo, configurándolo como un puro nominalismo³³⁷. De todas estas tesis han surgido varios planteamientos sobre el tema, los cuales no puedo abordar en este trabajo.

³³⁷ Relata FERRARA (Francesco. *Teoría de las personas jurídicas...cit.*, p.107) Las principales teorías de este signo se desarrollan en el siglo XIX y pueden ser ejemplificadas por la teoría de la ficción y por la teoría de la realidad. Es común a ellas se encuentra la afirmación de que el concepto de persona jurídica responde a la necesidad de titulares individuales para los derechos existentes en el ordenamiento. La teoría de la ficción (creación jurídica), la cual tenía como representante a SAVIGNY, entiende que aunque determinados entes no sean portadores de una auténtica voluntad propia, el Estado finge que la tienen, reconociéndoles una capacidad en el ámbito de sus fines. Como argumenta FERRARA, tal teoría se basa en una premisa: sólo el ser humano es sujeto de derecho, la persona jurídica es un ser fingido. Esta tesis convierte al Estado en árbitro exclusivo de la persistencia y regulación de los cuerpos intermedios, ya que es éste quien atribuye la personalidad jurídica. La teoría realista sostiene (creación pre-jurídica) que los grupos de individuos son portadores de intereses propios y diversos y que poseen una voluntad propia, la formada y expresada a través de los órganos de la comunidad. En el fondo, reduce la labor del Estado a la de un mero fedatario porque éste no puede conceder a su arbitrio la personalidad jurídica. El concepto de persona no coincide con el de ser humano, sino con el de sujeto de derecho, por lo que no se excluye que haya sujetos de derecho que no sean seres humanos. Parte de la premisa que todas las personas jurídicas, públicas o privadas, son realidades. Esta teoría fomenta el asociacionismo y el corporativismo y considera la persona jurídica como un ser viviente y real, que posee, por ejemplo, el derecho al honor como cualquier otra persona física (se excluyen sólo las relaciones que tengan como presupuesto natural una persona física). Se divide, como aduce FERRARA (*op. cit.* p. 163) en dos corrientes: a) la teoría de la persona real ideal, que en líneas generales rechaza el concepto de la ficción, deja de admitir todas las consecuencias de la teoría de la realidad y niega que la persona jurídica sea capaz de voluntad y de acción, y, por consiguiente, considera indispensable el mecanismo de la representación y b) la teoría del derecho subjetivo, la cual afirma que persona jurídica es la colectividad humana y que en cuanto tiene la capacidad prestada y reconocida por el ordenamiento jurídico, ha de ser titular de derechos subjetivos (admite que la voluntad es un fenómeno psíquico, concebible sólo en los hombres, y, por consiguiente, la voluntad de las personas jurídicas emana de sus órganos, esto es, de la pluralidad de las personas físicas que constituyen su base. Por último, hay noticia de la existencia de la teoría del patrimonio, encerrada en los mismos cauces que la teoría de la ficción, pero que cancelaba el sujeto fingido para afirmar que en las personas no hay otra cosa que un patrimonio sin sujeto. Persona jurídica sería, pues, todo patrimonio autónomo, sea llamado así o sólo tratado por el derecho, y si algunas veces en el sistema se encuentran casos de patrimonios autónomos que no son personas jurídicas, se trata de fenómenos extraordinarios y artificiales, de faltas de lógica del legislador motivadas por razones prácticas, pero que desde el punto de vista teórico deben concebirse como personas jurídicas embrionarias. A su vez, los partidarios de las *tesis sociológicas* consideran inútil la investigación sobre la esencia o naturaleza del concepto de persona jurídica y centran su atención en las funciones y en el uso que se haga del término. Comienza tal teoría a tener vigencia al final del siglo XIX y tiene a IHERING, figura destacada de la teoría individualista, como uno de sus representantes. Afirma que no existe más sujeto de derecho que el individuo, que la persona física. Plantea que las personas jurídicas no poseen ni realidad jurídica ni extrajurídica, ya que el ordenamiento sólo impone derechos y deberes a los seres humanos, que el verdadero derecho habiente es el que puede pretender, no querer, sino *gozar*. Sujeto de derecho es aquel al cual la ley destina la utilidad del derecho (destinatario) y la misión del derecho no es otra que la de garantizar el goce. Razonan, por ello, que los miembros de las personas jurídicas son los verdaderos destinatarios de los derechos. La persona jurídica, pues, es un conjunto de miembros, de personas físicas, considerados no individualmente sino en conjunto (*uti universi*), son personas en sentido metafórico, no en sentido técnico. Sostiene esta teoría que la persona jurídica se reduce a mera expresión del lenguaje jurídico, útil para sintetizar una compleja disciplina normativa de relaciones que median entre las personas físicas. En este sentido, la teoría de la organización, de ENNECCERUS, resalta que numerosos intereses humanos son comunes a un conjunto de hombres más o menos grande, y sólo pueden ser satisfechos por una ordenada y duradera cooperación de éstos. Por ello, en todos los pueblos se ha entendido la necesidad de asociaciones e instituciones, en una palabra, de

Sin embargo, merece ser resaltado que de todas las teorías que se han propuesto a elaborar un concepto de lo qué sería la persona jurídica, la concepción formalista, la cual afirma que la persona jurídica es una creación del derecho objetivo y sólo requiere el reconocimiento del Estado, gana vigor tanto en las legislaciones como en la doctrina. Justamente este modo de conceptualizar, unido al dogma del hermetismo de la persona jurídica contribuyó a una *crisis* del concepto de tal figura jurídica, dados los abusos que se habían producido. Reducido el mencionado concepto a un mero concepto del ordenamiento jurídico del Estado, su uso sirvió para alcanzar unos objetivos distintos de los que eran propios de la realidad societaria, pues los socios podían valerse de la sociedad constituida para eludir el cumplimiento de las leyes, para desligarse de las obligaciones contraídas con terceros y, en general, para defraudar los intereses de terceros. Esto es, los socios invocaban el privilegio de la limitación de su responsabilidad a lo establecido en el contrato societario para, abusando de tal derecho, defraudar y engañar a terceros. Esta constatación generó la idea de que se necesitaba un concepto más realista de la persona jurídica, para que pudiera adecuarse a su verdadero propósito.

En este sentido, la reacción más incisiva y que más ha repercutido en la consideración conceptual de persona jurídica ha sido la llevada a cabo por la jurisprudencia estadounidense, la cual introdujo la doctrina del *disregard of the legal entity*. Tal tesis plantea que los jueces pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las *personas* y los bienes que se amparan bajo su cobertura³³⁸. La principal crítica dirigida contra este “levantamiento del velo” de la persona jurídica señala la inseguridad y la falta de determinación precisa de los presupuestos que hacen posible que el juez destituya la personificación de un ente, pero la adaptación de esta teoría a los sistemas jurídicos hizo que su aplicación fuese invocada sólo en casos excepcionales. En este contexto, fue ganando espacio la convicción del carácter instrumental que asume la utilización del término persona

organizaciones, para la consecución de tales fines. Estas organizaciones no son entes vivos, no tienen una voluntad natural, pero en ellas obran las voluntades y las fuerzas humanas reunidas en una determinada dirección. Tales son las personas jurídicas.

³³⁸ BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento del velo y persona jurídica...* cit., p. 40-44.

jurídica, como medio para mantener la coherencia de la construcción de los derechos subjetivos. No se postula, pues, en realidad, que el titular de la posición jurídica en cuestión sea con carácter excluyente la persona jurídica de que se trate, sino que sólo del conjunto de los miembros del colectivo puede predicarse la titularidad de la relación jurídica de modo idéntico a como la ostentaría una persona individual³³⁹. En esta línea, los autores de la doctrina filosófico-analítica ofrecen la versión más avanzada de la revisión del concepto de persona jurídica, empleando como principal instrumento el análisis del lenguaje, el cual trata la persona jurídica como un símbolo incompleto desprovisto de correspondencia fáctica inmediata, pues es tan sólo un sujeto gramatical y no sujeto lógico de la norma. La cuestión, por tanto, reside en sustituir el lenguaje con el que la ciencia jurídica describe a la persona jurídica por un lenguaje más articulado, en el que tales posiciones sean diversas según el contenido específico que asumen, ya se refieran a los individuos considerados *uti singuli* o *uti universi*³⁴⁰.

Este parece ser este el razonamiento que refuerza y abre camino la actual tesis de que las personas jurídicas no son más que una comunión de designios de sus socios³⁴¹, y que “si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del

³³⁹ CAPILLA RONCERO. Francisco. *La persona jurídica: funciones...* cit., p.73.

³⁴⁰ BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento del velo...* cit., p. 450. Además, informa la autora (p. 54) que la filosofía analítica es la filosofía neopositivista que tiene como principal instrumento el análisis del lenguaje.

³⁴¹ Esta tesis también está de acuerdo con la doctrina de Kelsen sobre la persona jurídica, como relata MEDINA MORALES (Diego. “Persona y personalidad en la teoría pura del derecho” en *Personalidad y capacidad jurídicas* 74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho De Córdoba, Tomo II, Rafael Casado Raigón y Ignacio Gallego Domínguez (coord.), Córdoba, 2005, p.833-851). Aduce el referido autor que Parte KELSEN de considerar que las obligaciones y los derechos subjetivos solo pueden tener por contenido conductas humanas, es decir que el orden jurídico sólo puede imponer obligaciones o conceder derechos a seres humanos, por lo que la construcción de la persona jurídica (colectiva) es una construcción ficticia mediante la cual se atribuye artificialmente actividades realizadas por individuos a una colectividad. Cuando un individuo actúe acomodando su comportamiento a lo establecido en los estatutos se dirá metafóricamente que ha actuado la sociedad (persona jurídica). Del mismo modo se dice metafóricamente que la sociedad (persona jurídica) goza de derechos o tiene obligaciones, pues realmente quienes estarán obligados o facultados por las normas, estatutarias o estatales, serán los individuos que forman parte de la asociación. Por ello, sus derechos subjetivos, tanto en su expresión de derecho subjetivo técnico como de derecho reflejo, son derechos que pertenecen a los miembros de la asociación y que al ser ejercidos se atribuye su ejercicio (en una nueva ficción) a la asociación. Afirma que las obligaciones y derechos que la jurisprudencia tradicional atribuye a la asociación como persona jurídica son, por ende, como todas las obligaciones y derechos, obligaciones y derecho de seres humanos, en el sentido de que tienen por contenido el comportamiento de determinados individuos.

individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas³⁴². Si se analiza esta tesis de forma coherente, se la puede relacionar con la anterior conclusión de que la tutela jurídica de los derechos de la personalidad se traduce en una protección directa de la dignidad de la persona humana. La referencia al individuo, a la persona física, inmersa en la idea de dignidad humana no puede hacer perder de vista la dimensión social y colectiva presente en el mismo precepto. La dignidad humana no ha de entenderse únicamente como atribuible al individuo aislado, en soledad, pues éste, por su esencia, vive en sociedad³⁴³. En efecto, no sería adecuado entender o suponer que los conceptos jurídicos son estáticos o inflexibles, pues ello iría contra la *dinámica* social, a la cual el Derecho ha de adaptarse. Por supuesto, la dignidad de la persona humana, como un valor del ordenamiento jurídico, no podría ignorar las potencialidades que los individuos pueden manifestar, y dentro de éstas está la de agruparse para buscar objetivos legítimos, los cuales no podrían llevarse a cabo si los individuos estuvieran aislados. Por todo ello, es inevitable concluir que las personas jurídicas sí pueden ser titulares de derechos de la personalidad, siempre y cuando resulten necesarios y complementarios para la obtención de sus fines, para proteger su existencia y asegurar el libre desarrollo de su actividad, respetada, no obstante, la naturaleza específica del derecho del cual se requiere la titularidad.

Ahora bien, teniendo, pues, como regla general de que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos de la personalidad, si 1) compatibles con su naturaleza, 2) atendiendo a la naturaleza peculiar del derecho, y 3) si son necesarios y complementarios para la obtención de sus fines; lo que podría cuestionarse es si esta posibilidad también se aplica a la persona jurídica pública. En principio, ya descarto tal posibilidad, si se examina el primer requisito para ello, pues la propia estructura y el concepto funcional del Estado confieren una *impersonalidad* a los cargos y funciones

³⁴² STC 139/1995, de 26 de septiembre.

³⁴³ ROSADO IGLESIAS, Gema. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*. Tirant lo blanch: Valencia, 2004, p. 127.

orgánico-estatales³⁴⁴. Además, aceptar que las personas jurídico-públicas son titulares de derechos de la personalidad sería una total incongruencia con lo que se ha expuesto sobre los derechos de la personalidad, que son, por supuesto, concreciones de la *dignidad de la persona humana*. El Estado no posee dignidad de persona humana, pero, junto a la Administración general aparecen organismos dotados de cierta autonomía, a los que su norma de creación otorga personalidad jurídica propia e independiente para el cumplimiento de las funciones atribuidas (universidades, medios de comunicación vinculados al Estado, etc.). El poder público también crea en nuestros días algunas personas jurídicas acudiendo a las formas jurídico-privadas, como son los casos de las sociedades mercantiles de capital público, que actúan en el tráfico jurídico con sometimiento al “Derecho privado”. Por ello, algunas normas e interpretaciones han entendido que existe una protección del prestigio, credibilidad, confianza o autoridad moral de la persona jurídica pública, pero nunca del derecho al honor, por ejemplo³⁴⁵.

1.7 La división de los derechos de la personalidad

Como se ha visto hasta ahora en el presente trabajo, con el desarrollo de la teoría de los derechos de la personalidad, surgieron varias cuestiones controvertidas sobre su configuración jurídica. Y una de las más importantes dudas suscitadas trata de definir si existe un sólo derecho de la personalidad, considerada en su totalidad, o, por el contrario,

³⁴⁴ En este sentido, no se imagina, por ejemplo, que una persona jurídica pública sea titular del derecho a la intimidad, pues, por un lado, el principio que rige es el de publicidad de sus actos, y, por otro, lo que se estaría violando sería la intimidad de una persona física que ocupa un cargo y ejerce una función en el Estado.

³⁴⁵ En este sentido, el Código Penal Portugués en el Capítulo dedicado a los “crimes contra a honra” establece en el art. 187 “Ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço: 1 - Quem, sem ter fundamento para, em boa fé, os reputar verdadeiros, afirmar ou propalar factos inverídicos, capazes de ofenderem a credibilidade, o prestígio ou a confiança que sejam devidos a pessoa colectiva, instituição, corporação, organismo ou serviço que exerça autoridade pública, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias”. Nótese que no obstante tal ilícito estar ubicado en tal Capítulo, no se inserta la palabra *honra* en el tipo delictivo como ha hecho en los artículos 180 (Artigo 180 Difamação 1 - Quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua *honra* ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias) y 181 (Artigo 181. Injúria 1 - Quem injuriar outra pessoa, imputando-lhe factos, mesmo sob a forma de suspeita, ou dirigindo-lhe palavras, ofensivos da sua *honra* ou consideração, é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 120 dias) que son los que tutelan a la persona física.

si existirían varios y distintos derechos de la personalidad. Esta cuestión ha tenido, sustancialmente, dos posturas doctrinales.

La *Teoría Monista* propugnaba por un sistema unitario, *de derecho general de la personalidad*. Como ya he tenido la oportunidad de exponer, fue esta idea concebida por la doctrina alemana de la primera mitad del siglo XIX³⁴⁶. La preocupación por proteger los intereses personales ha llevado a postular la protección de la personalidad en sí misma; a la afirmación de un derecho general de la personalidad, de carácter absoluto, y cuyo valor era incorporado al ser humano individual. Se considera el derecho general de la personalidad como el derecho a afirmar la dignidad de un ser racional, que actúa libremente, lo que llevaría a reivindicar la protección de la personalidad en sí misma considerada. Según esta tesis, sólo existiría un derecho que protege la propia personalidad, el cual garantizaría la esfera individual en sus múltiples aspectos o manifestaciones. Sólo habría el derecho de la personalidad consistente en el derecho de la persona a ser fin en sí misma y desarrollarse como tal. Este único derecho de la personalidad se descompone, en cuanto a su contenido, en una serie de facultades que no son verdaderos derechos subjetivos independientes³⁴⁷. El derecho general de la personalidad se consagró en el derecho civil suizo, en el Código Civil de 10 de diciembre de 1907, expresamente en el artículo 28. De forma diversa, en Alemania, la codificación del derecho civil, efectuada en 1900, omitió esta tesis de un único y general derecho de la personalidad. La protección de la personalidad resultó fraccionada y representada en algunas tipificaciones. No obstante, pasada la Segunda Guerra Mundial, la jurisprudencia

³⁴⁶ Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia estadounidenses han sido influidos por el artículo *the right to privacy* de WARREN y BRANDEIS (WARREN, S.; Brandeis, L. *El derecho a la intimidad*, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Madrid: Civitas, 1995), publicado en 1890, el cual defiende la existencia de un derecho a la privacidad. Este derecho comprendería el derecho al secreto y a la protección contra las divulgaciones referentes a la vida privada o sus obras artísticas e intelectuales y los escritos sin valor literario (*right to be let alone*). Sin embargo, esa concepción es criticada por parte de la doctrina que la considera vaga y estrecha. No obstante, como se verá en el Capítulo II, dicho concepto hasta hoy es el fundamento de la concepción estadounidense de los derechos de la personalidad, incluso en el ámbito constitucional. En esta línea, aceptada como un concepto vago y sin una delimitación clara, “privacy” es atacada por los críticos que proponen su sustitución por otras nociones de personalidad. Conviene mencionar que una de las otras nociones se relaciona con un boceto de lo que es el derecho general de personalidad, abarcando también el derecho a la libertad de expresión y el derecho al desarrollo de la personalidad humana.

³⁴⁷ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 886 y ss.

publicista y la doctrina se pronunciaron mayoritariamente a favor de la existencia de un derecho general de la personalidad, desarrollado a través de la cláusula general inserta en la Constitución de 1949. Tras los inolvidables acontecimientos sufridos por la humanidad, dada la inclemente práctica del genocidio, las reacciones de los ordenamientos jurídicos fueron en el sentido de elaborar y consolidar sistemas de principios universales para la defensa de la persona, y en consecuencia, de la personalidad humana. El derecho general de la personalidad resurgió y se afirmó en el derecho alemán a partir de la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949³⁴⁸. El efecto que esta Constitución le da al referido derecho es amplio, pues le otorga la condición de derecho fundamental y, por tanto, aumenta considerablemente su radio de actuación. Pasa, pues, a constituir un precepto para la realización de la vida social, incidiendo también en las relaciones *inter privatos*. En este sentido, la doctrina civilista alemana entendió que en la Constitución existía una previsión de un derecho general de la personalidad, corroborado por la expansión y realización de la personalidad, más allá de los derechos expresos en el § 823, I, del BGB. Y este razonamiento ha encontrado resonancia en la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional Federal Alemán se manifestó de modo expreso sobre la existencia y los efectos del derecho general de la personalidad, insertos en los artículos 1º y 2º, de la vigente Constitución Alemana. Reconoció este derecho por una interpretación humanista dada al § 823, I, del BGB, el Código Civil Alemán, el cual mencionaba la existencia de “otros derechos”³⁴⁹. La doctrina empezó a razonar que la protección de la personalidad humana se encuentra, en principio, en el ámbito civil y que la tutela penal de la personalidad se materializa a través de la tipificación de delitos y no puede ofrecer una protección amplia y eficaz de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad. Unido a esa tesis, se propuso la creación de una norma general que estableciera una indemnización civil a las víctimas que sufriesen un daño material, a causa de las vulneraciones al derecho general de la personalidad. La insuficiencia de la protección penal se debería, pues, a la circunstancia de que cualquier

³⁴⁸ La reaparición del derecho general de la personalidad en Alemania se debe también a razones específicas de técnica jurídica, pues no existía en el derecho alemán una cláusula general de responsabilidad civil delictiva, concebida por el modelo napoleónico.

³⁴⁹ SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua...* cit., p. 101. (BGHZ, 10/202, 1954)

duda (falta de previsión legal)³⁵⁰ o deficiencia probatoria de la lesión, significaría que el ofensor sería beneficiado por el principio *in dubio pro reo*³⁵¹.

Teniendo en cuenta estas ideas, el derecho general de la personalidad sería, pues, un derecho subjetivo básico y unitario, que fundamenta y comprende algunos derechos subjetivos especiales, unos derechos de la personalidad caracterizados por su objeto, que se identifican con una parte destacada de la esfera de la personalidad³⁵². La configuración de este derecho general de la personalidad puede venir de modo expreso en el texto constitucional o a través de la adopción del principio de dignidad de la persona humana, como matriz del ordenamiento jurídico-constitucional del Estado. Además de esta posibilidad formal, la Constitución confiere al juez el derecho/deber de limitar, en los casos concretos, la actuación del derecho general de la personalidad. Sus límites son concretados frente al interés público, aplicándose el principio de proporcionalidad. En efecto, este único derecho general de la personalidad vendría a desempeñar un papel importante de apoyo en la actual orientación personalista del ordenamiento y la doctrina de los países bajo su influencia³⁵³. En síntesis, la teoría del derecho general de la

³⁵⁰ Hay que tener en cuenta que no existen, igualmente, en el ámbito penal, medios que ofrezcan la cesación de la lesión del derecho de la personalidad. Por ello, la sanción civil ofrece una mayor protección de tales derechos, por posibilitar (en el sistema procesal de Brasil) la tutela privada, la tutela inhibitoria (preventiva: acción inhibitoria anticipada, acción de precepto conminatorio, tutela anticipada, medidas cautelares típicas y atípicas), la tutela atenuante (acción de remoción del ilícito), tutela indemnizatoria y el derecho de respuesta.

³⁵¹ SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua...cit.*, p.102.

³⁵² Indica CAPELO DE SOUZA (*op. cit.* p. 143-151) que por su profundidad y particular influencia en los Tribunales y en la doctrina alemanes, tres autores sistematizaron el bien jurídico de la personalidad humana. Analiza HUBMANN la personalidad desde un punto de vista ético y admite que en ella se incluyen tres elementos característicos: a) la dignidad humana, b) la individualidad, c) la personalidad. Por ello, clasifica los bienes de la personalidad en tres grupos; el primer grupo comprendería todo que se relacione con el desarrollo de la personalidad; el segundo, todo lo que se estime pertenecer al ser humano en abstracto, y el tercer grupo, todo lo que se refiera a la persona *in concreto*. Criticando la opinión de HUBMANN, REINHARDT divide en varias las tutelas como la de la capacidad funcional corporal, la espiritual y anímica, los valores de libre uso de tales capacidades, los resultados de la actividad humana, la protección contra sí mismo, la tutela de las señales de individualización, la representación de la persona y, por último, la relacionada con los valores sociales y el comportamiento individual. No estando de acuerdo con una visión idealista de la personalidad, SCHWERDTNER defiende una sistematización que proteja la clásica pretensión de respeto (relacionada con la integridad de la personalidad) y también de una pretensión de participación (ligada a la actividad de la personalidad).

³⁵³ En Portugal, la doctrina mayoritaria admite la existencia conjunta del derecho general de personalidad y de derechos específicos de la personalidad. Para ilustrar esta posición, es relevante la opinión de MIRANDA/MEDEIROS (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa ...cit.* p.283)

personalidad indica que existe un derecho unitario de la personalidad y que la personalidad será una y no susceptible de descomponerse en partes realmente independientes. La adopción de esta posición tiene la ventaja de que, a través de un derecho unitario de la personalidad, puede obtenerse una protección directa de cualquier aspecto en que pueda ser lesionada la personalidad, no haciendo falta, pues, que se creen figuras o derechos nuevos a medida que vayan apareciendo nuevos riesgos de vulneración de la personalidad.

Por su parte, la *teoría pluralista*, defiende un *sistema de derechos plurales de la personalidad*. Conforme se ha examinado, por razones ius-filosóficas e históricas, la doctrina de los derechos de la personalidad, iniciada en el curso de la segunda mitad del siglo XIX, estuvo influida también por las ideas de la Escuela Histórica del Derecho hasta mediados del siglo XX. En general, el positivismo jurídico del siglo XIX, unido al matiz político que había llegado a tener dicha teoría, hizo que los pandectistas y civilistas pensasen otra manera de conceptualizar los derechos de la personalidad. De este modo, la construcción jurídica de los derechos de la personalidad, de acuerdo a esa tesis, habría de ser pautada por la existencia de diversos derechos de la personalidad, tipificados y fraccionados, refutándose la idea de un único y general derecho de la personalidad. Esta teoría afirma que el fraccionamiento del derecho de la personalidad en una diversidad de derechos autónomos, tipificados por la legislación, ofrecería una tutela libre de inseguridad jurídica e imprecisiones teóricas³⁵⁴. Dos posiciones, no obstante, defienden puntos de vista antagónicos sobre este asunto. La doctrina tipificadora limita la protección del ser humano a los aspectos expresamente regulados por la norma. Sostiene que son derechos de la personalidad los que están reconocidos por el Estado, no existiendo sin la expresa regulación en el ordenamiento jurídico, conceptualizándolos como

cuando plantea que “O direito geral de personalidade tornou-se hoje um dado consensual na doutrina constitucional e civilística dos diversos países com experiências jurídicas próximas da nossa. O que esse direito significa é a tutela abrangente de todas as formas de lesão a bens de personalidade independentemente de estarem ou não tipicamente consagrados”. Incluso puede observarse que en el Código Civil de Portugal de 1967, por influencia germánica, también se postula la tutela general de la personalidad, prosiguiendo con la enunciación de diversos derechos particulares.

³⁵⁴ Esta es la opinión de ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. I, Introdução...cit., p. 78 y ss.

derechos de la personalidad adquiridos, pues es el Estado quien los crea. De otro lado, la posición naturalista sugiere que la protección jurídica de tales derechos siempre estará abierta, pues nunca estarán tipificados todos estos derechos. Los iusnaturalistas consideran los derechos de la personalidad como innatos, preexistentes a la previsión normativa, siendo la positivación únicamente un medio seguro y eficaz para la efectiva protección estatal. El Estado, al establecerlos, sólo practica un acto declaratorio y no constitutivo, pues los derechos de la personalidad serían un presupuesto de la personalidad natural.

Dado este razonamiento, es patente la interpretación de que para los jusnaturalistas los derechos de la personalidad tienen su raíz en el Derecho Natural. Sin embargo, quizás no sea necesario, hoy día, inclinarse por esta perspectiva ontológica del Derecho para reconocer un fundamento insuficiente o meramente legalista de los derechos de la personalidad. De hecho, en la medida en que los Derechos Humanos, en general, implican, de modo intrínseco, la afirmación de los derechos de la personalidad, como se ha visto exhaustivamente, y en la medida que las Constituciones los establecen, la invocación del Derecho Natural puede ser un argumento autónomo, pero ya no tan indispensable para su conformación jurídico-constitucional³⁵⁵. Siguiendo este hilo conductor, el sistema pluralista defiende, en resumen, la existencia de distintos derechos de la personalidad en función de sus diferentes manifestaciones o facetas. Prefiere la aceptación pura y simple de unos auténticos derechos de la personalidad conectados con ésta, a partir de la cual traen causa y nombre, pero con carácter autónomo. El objeto de estos derechos de la personalidad no es la persona sino las cualidades, las partes, los bienes, los intereses, los atributos que adquieren autonomía propia, como consecuencia de la protección autónoma dada por el ordenamiento jurídico. La mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales optó por esta doctrina, por entender que cada una de las

³⁵⁵ Paulo Ferreira da CUNHA (*Direito Constitucional Aplicado: viver a Constituição, a Cidadania e os Direitos Humanos...*cit, p. 217) argumenta que en alguna medida el Derecho Constitucional sustituye al Derecho Natural. Afirma que esta sustitución es perfectamente coherente, pues esta sería la intención del movimiento neo-constitucional. Tal objetivo ve con claridad sea en la perspectiva clásica-cristiana sea en la moderna-racionalista.

manifestaciones de la personalidad tiene características propias y, en consecuencia, es merecedora de un tratamiento jurídico separado e independiente.

Ahora bien, analizando las dos corrientes doctrinales, es inexorable admitir que con el desenvolvimiento de la sociedad, con el avance de la tecnología, con la mayor participación popular en la vida política del Estado, hubo un considerable aumento de los ataques a los bienes de la personalidad. Como consecuencia de este proceso, la dificultad del legislador a la hora de tipificar dichos derechos ha dado lugar a que los partidarios de la protección de la personalidad a través de la técnica del derecho subjetivo se dividieran entre los que defendían un único y genérico “derecho de la personalidad” y los que afirmaban que existía una pluralidad de “derechos de la personalidad”, bien de forma autónoma o bien como concreciones de ese otro derecho genérico. En este sentido, el objeto de la categoría de los derechos subjetivos de la personalidad no recae sobre la persona en su integridad, recae sobre alguna manifestación aislada de la personalidad. El interés implicado vendrá constituido por la protección, frente a las agresiones de los demás, dirigidas a vulnerar esos atributos. La abstracción del pretendido derecho general de la personalidad podría hacerlo meramente teórico, pues la mayor dificultad de seguir por esta vía sería no encontrar una norma que ayude a precisar qué alcance tendría ese pretendido derecho, cuándo se podría considerar vulnerado, o qué facultades conferiría a su titular. Por otro lado, la teoría pluralista de los derechos de la personalidad se muestra igualmente insuficiente cuando se trata de la tutela jurídica, porque no incluye exhaustiva y totalmente los diversos derechos que deberían ser tutelados. Esta teoría se inclina hacia el equívoco de agotar el concepto de personalidad, el cual, efectivamente, demanda mayor amplitud. La persona y la personalidad son conceptos muy amplios, y quizás los diversos derechos de la personalidad no podrían alcanzar todo el dinamismo que tales conceptos requieren. Podrían quedarse varios derechos excluidos, fuera del amparo jurídico del Estado, pues no todas las manifestaciones de la personalidad pueden ser objeto de tipificación jurídica. Además, se podrían tipificar figuras extrañas a los derechos de la personalidad, los llamados falsos derechos de la personalidad. Cada autor podría, por ejemplo, proponer una clasificación, incluyendo nuevos tipos de derechos,

que pueden estar completamente desconectados de la naturaleza y de las características de la categoría, haciéndose subdivisiones con exceso de casuística, lo que puede descalificar tal categoría de derechos, diluir la precisión del concepto y la identidad de la institución jurídica. Si se adoptara, pues, exclusivamente este criterio, podría correrse el riesgo de no tener un concepto científico seguro, favoreciendo un indeseado desorden en el momento de la tipificación de los derechos de la personalidad.

En este contexto, la tendencia actual, la que considero más coherente, es unir lo mejor de las dos teorías, trazando una concepción más humanista de los derechos de la personalidad. Este criterio tiene en cuenta que el Derecho así entendido es un sistema ético abierto, que tiene como epicentro al ser humano y como principio la dignidad de la persona humana. Por consiguiente, la interpretación constitucional debe estar en armonía con esta realidad, con sus aspectos plurales y abiertos. La personalidad humana debe ser vista como un valor, y no como un mero derecho. Por ello, del principio de la dignidad de la persona humana, inserto en las Constituciones democráticas, se infiere una cláusula general de protección de la personalidad. Esta cláusula general tendría por objeto el derecho a la conservación, a la invulnerabilidad, a la dignidad y a la libre actuación de la personalidad en todas sus potenciales direcciones. No obstante, por razones de política legislativa, como hay un mayor número de vulneraciones de unos derechos que de otros, algunos derechos de la personalidad pueden tener mención expresa en los textos normativos, con la finalidad de establecer una regulación de forma específica y jurídicamente más efectiva. En esta tesis, conviven armónicamente tales derechos especialmente positivados con la cláusula general, coadyuvando a una amplia tutela de la personalidad. Sin embargo, si el Derecho positivo no regula expresamente tal tutela, cabría inferir de los principios generales del derecho esta protección. En realidad, se ha de inferir que los derechos de la personalidad son representaciones de la dignidad de la persona humana, se reconocen unos y otros con el tiempo, pero siempre serán susceptibles de reconocimiento por la declaración jurídica del Estado. En efecto, al Estado compete reconocer los derechos que emergen de la sociedad y que el Derecho propugna, y, tras reconocerlos, debe garantizarlos, con una protección efectiva y eficaz.

Dada su importancia y su imprescindibilidad, el ordenamiento jurídico debe ofrecer protección a dichos derechos frente a cualquier lesión o amenaza de lesión. No obstante, restringir la tutela de dichos derechos a la positivación expresa y concreta del ordenamiento jurídico, sería limitar la protección del Estado sólo a aquellos derechos que estuvieran claramente fijados en los textos normativos³⁵⁶. La positivación por parte del ordenamiento jurídico del Estado de ulteriores derechos de la personalidad puede ser inferida si dichos derechos se identifican y se interpretan de acuerdo con las “cláusulas abiertas” y con los valores, principios y objetivos de la Constitución. Tal reconocimiento, pues, se hará siempre y cuando estos derechos de la personalidad se relacionen con los derechos que provienen de la existencia del sistema democrático y de los principios políticos constitucionalmente conformadores establecidos en la Constitución. Por todo ello, dada la relevancia de la personalidad humana, es evidente la necesidad de protección y de garantía jurídica de estos derechos innatos para un efectivo disfrute de los demás derechos, y por eso creo que los derechos de la personalidad deberían ser, pues, los primeros en ser regulados por cualquier ordenamiento jurídico democrático.

Hoy en día, por tanto, considero que esta es la opción más acorde con la evolución social, filosófica y jurídica de los derechos de la personalidad: la adopción del régimen *numerus apertus*, teniendo una cláusula general de la personalidad (la dignidad de la persona humana) como punto de partida. De esta forma, se estaría ofreciendo una protección *dual* de Derecho a los bienes de la personalidad, por vía del derecho subjetivo y por vía de los principios generales del Derecho. En conclusión, se ha de reconocer la existencia de un derecho-matriz en el cual se basarían todos los derechos singulares de la personalidad relativamente autónomos y, no obstante, al lado de esta cláusula general,

³⁵⁶ Con una visión más civilista, DÍEZ DÍAZ (*op. cit.*, p. 37 y ss) advierte que si la legislación no puede prever todos los supuestos, y si la proyección de la personalidad se presta a múltiples zonas de peligrosa incertidumbre, se deduce la necesidad de que el ordenamiento jurídico establezca ciertas bases que informen al espíritu creador de los jueces. Los verdaderos derechos van apareciendo en contornos bien definidos hasta que logran destacarse y adquieren rango definitivo. Poseen unos determinados caracteres, tienden a un fin suficiente y protegen un interés que, generalmente, viene a estar reconocido y garantizado por la ley. Están autenticados. La jurisprudencia eleva a la categoría de derechos a las que en principio eran sólo facultades. Se convierte en el principal instrumento portador de futuros derechos. El Derecho objetivo no se ocupa, tal vez porque no pueda, de todas y cada una de aquellas manifestaciones en que se concreta el poder obrar de la persona.

debe existir, por supuesto, una protección específica a los bienes particulares de la persona, pues, son sólo proyecciones de la personalidad que se han destacado a medida que se impusieron ante las necesidades, y se afirmaron como objeto de derechos distintos. Dicha tesis permite la individualización de la protección de la personalidad y su reconocimiento en la sociedad, adoptándose un carácter enunciativo y no cerrado de las situaciones previstas. Los nuevos tipos no previstos en la legislación estarían tutelados mediante la cláusula general, posibilitándose una futura tipificación e individualización de las situaciones merecedoras de protección por el ordenamiento jurídico del Estado. Tendrían como objeto la personalidad humana en todas sus manifestaciones, actuales y futuras, previsibles y no previsibles³⁵⁷. Esta concepción tiene, pues, como base la necesidad de garantizar una interpretación del Derecho que lo considere como un instrumento versátil y flexible, capaz de adaptarse a las nuevas circunstancias y hechos sociales³⁵⁸. El derecho general de la personalidad tiene que ser abierto, sincrónica y diacrónicamente, permitiendo la tutela de nuevos bienes ante las incesantes amenazas a la dignidad de la persona humana.

En esta línea, si se adopta esta protección dual de la personalidad, la clasificación de los derechos de la personalidad facilitaría la tarea de identificar, de forma más precisa, los diferentes bienes inherentes a la personalidad, además de establecer mejor los aspectos de la personalidad que son susceptibles de vulneración. Además, tal identificación orienta no sólo didácticamente, sino también es útil cuando se examinan los reflejos inmediatos que una intromisión ilegítima en el campo de los derechos de la

³⁵⁷ PINTO, Paulo Mota. “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”...cit., p.172. Opina este autor (p. 203) que se extrae el derecho general de la personalidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona humana. En ese están incluidos los dos tipos de libertades, positivo y negativo, es decir, la posibilidad de actuar o no, de adoptar o no una forma de comportamiento. Traza un congruente paralelo de correspondencia entre de un lado, el derecho general de la personalidad y los derechos, y de otro, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y los derechos de libertad innominados. Aduce (p.207) que en la medida en que las Constituciones prescriben libertades “especiales”, referidas a cada aspecto de la vida, se torna innecesario el recurso al derecho al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto cláusula general de protección de la libertad.

³⁵⁸ BELTRÁN DE HEREDÍA Y CASTAÑO (*op. cit.*, p. 51 y ss) afirma que los derechos de la personalidad están sometidos a evolución, no siendo susceptibles de ser enumerados ni mucho menos definidos apriorísticamente. La relatividad y el materialismo que todo ello lleva consigo son incompatibles con el concepto mismo de la personalidad, porque los derechos que esencialmente la configuran son exigencias ineludibles de orden ético en toda sociedad civilizada.

personalidad tiene en la responsabilidad civil y en la responsabilidad penal. En este sentido, una de las más conocidas divisiones en el derecho internacional es la de ADRIANO DE CUPIS³⁵⁹, que expone la división de los derechos de la personalidad como: derecho a la vida, derecho a alimentos; derecho a la integridad física; derecho sobre las partes destacadas del cuerpo, derecho sobre el cadáver; derecho a la libertad; derecho al honor, derecho al resguardo personal (derecho a la propia imagen), derecho al secreto (correspondencia, profesional, documentos, doméstico); derecho a la identidad personal (derecho al nombre, al título y a los rasgos personales) y derecho moral de autor. CASTÁN TOBEÑAS afirma que se suelen reconocer como categorías de los derechos de la personalidad: el derecho a la vida y al propio cuerpo, a la integridad física, a la libertad y al honor, a la propia imagen y a los signos distintivos de la personalidad (nombre, títulos nobiliarios), a los cuales se suelen añadir el derecho a la reserva de la vida privada y el derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales. Advierte que no faltan autores que se limitan a clasificarlos en dos grupos, según se tome en cuenta el elemento corpóreo o las cualidades psíquicas o inmateriales de la persona³⁶⁰. CARLOS ALBERTO BITTAR concibe los derechos de la personalidad en tres categorías: a) derechos físicos (integridad corporal); b) derechos psíquicos (integridad psíquica); c) derechos morales (atributos valorativos)³⁶¹. A su vez, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO distingue los derechos de la personalidad en cuatro grandes grupos: 1) Derecho a la *identificación personal*: que comprende fundamentalmente el nombre (seudónimo y los títulos nobiliarios) – en su doble aspecto civil y comercial; 2) Derecho a la *vida* y a la integridad física o corporal: inviolabilidad corporal en sus variadas posibilidades; 3) Derecho a la *integridad moral*, especialmente el honor y la reserva, con sus diversas manifestaciones, como el secreto y la propia imagen; 4) Derecho a la *libertad*: residencial, sexual, matrimonial, laboral, comercial, económica e intelectual. Quedan excluidos de la relación los llamados derechos morales de autor³⁶². Resalta GARCÍA GARNICA que la doctrina

³⁵⁹ DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da personalidade...cit., passim.*

³⁶⁰ CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil Español, Común...cit., p. 350 y ss.*

³⁶¹ BITTAR, C. A. *Os direitos da...cit., p. 17.*

³⁶² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit., p. 54.*

mayoritaria en España entiende por bien dividirlos en: bienes pertenecientes a la esfera física o corporal de la persona, y los relativos a la esfera moral o espiritual³⁶³.

A mi modo de ver, la postura más razonable, por la propia naturaleza de tales bienes, es la que divide los derechos de la personalidad en dos grupos: los que tienen por objeto la protección de la esfera física o corporal y los que tutelan la esfera moral (psíquica y espiritual), pero no me atrevo, por una cuestión de congruencia con el enfoque de este trabajo, a identificar los inúmeros derechos de la personalidad en cada una de las dos categorías³⁶⁴. Se atendería con esta división la inmanencia (física) y la trascendencia (espiritual) que circundan el universo de la persona humana³⁶⁵. De todos modos, hay que tener en cuenta que las clasificaciones divergentes y las divisiones de los derechos de la personalidad pueden ser repetitivas, pues, de modo necesario, no deben ser cerradas. Con la variación de los criterios para clasificarlos, varían también los aspectos según los cuales una misma categoría debe ser estudiada y concebida. De ello, resultan distintas consecuencias jurídicas, teóricas y prácticas. En este contexto, se puede asegurar que dicha división también posibilita la sistematización y exposición de los distintos derechos que emergen de la persona. Se ha de elegir, no obstante, una posición flexible, aceptando las diversas particiones, si son congruentes con la cláusula general, pues se trata de una categoría jurídica que puede ampliarse a nuevos derechos por una posterior reflexión científica, y la consecuente inclusión en el derecho positivo.

Tras este Capítulo introductorio, en el cual he examinado los principios que impregnan la conformación material del derecho a la propia imagen, ahora comenzaré, *in concreto*, el estudio objeto de este trabajo.

³⁶³ GARCÍA GARNICA, *op. cit.*, p. 76

³⁶⁴ Aquí se incluirían la psíquica y la espiritual que, en mi opinión, representan uno de los aspectos de la integridad moral.

³⁶⁵ En efecto, la he adoptado, porque la doctrina dominante estima que el derecho de propiedad intelectual (comprendidos el derecho de autor y el derecho de propiedad industrial) no forma parte del instituto jurídico de los derechos de la personalidad, tema que será comentado más adelante.

A diferencia del capítulo anterior, en el cual he analizado los principios conformadores de la construcción jurídica de los derechos de la personalidad, en éste se abordará el derecho singular que es objeto de la presente investigación: el derecho a la propia imagen. Es oportuno advertir, no obstante, que las líneas históricas generales de dicho derecho ya fueron esbozadas en lo esencial, como es lógico, cuando me he referido a los antecedentes de los derechos de la personalidad. Me centraré ahora en la evolución histórico-jurídica particular del derecho a la propia imagen, para examinar algunos puntos que estimo muy relevantes, describiendo las nociones básicas de tal derecho. El marco descriptivo de su configuración jurídica es una fase de la cual no se puede prescindir, para así enmarcar las consideraciones que siguen. Además, analizaré también las teorías que intentan subsumir o confundir el derecho a la propia imagen con otros bienes jurídicamente protegidos, para estudiar, por último, los límites inmanentes del derecho a la propia imagen.

2.1 El origen y los antecedentes históricos de la construcción jurídica del derecho a la propia imagen

Al analizar el origen y los antecedentes históricos, se constata que hubo tres momentos distintos en la evolución de la construcción jurídica del derecho a la propia imagen: una primera fase, anterior a su positivación jurídica; una segunda, en la que surgen los primeros precedentes judiciales, la teorización doctrinal y el inicio de la positivación de tal derecho; y la tercera, que se identifica con su afirmación e inserción en las Declaraciones de Derechos y en las Constituciones.

*La fase anterior a la positivación del derecho a la propia imagen es la que configura la idea de imagen representada en la simbología que tal instituto jurídico siempre ha tenido. La imagen como símbolo 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, la imagen de los animales y de los objetos. Esta afirmación puede verificarse a través del estudio de las costumbres de los egipcios³⁶⁶, de los griegos y de los romanos, que tenían la preocupación de registrar, a través de imágenes, a sus reyes, a las personas de relieve o incluso a desconocidos³⁶⁷. En la Historia, es ineludible reconocer que las diversas religiones también se ocuparon de reproducir en imágenes sus dioses y divinidades. Retratada en pinturas, en esculturas, en bustos o en cualquier otra forma de *representación*, lo que resulta incontestable es que la imagen ha estado presente en la vida del ser humano desde sus inicios. Por ello, me parece adecuada la justificación antropológica que AZURMENDI ADARRAGA emplea para insistir en la relevancia de la imagen en la vida de las personas humanas. Indica la citada autora algunos motivos que confieren un valor expresivo a la imagen: 1) el ser humano es un ser dialogal-comunicativo; 2) la proyección externa de la persona se da a través de su imagen; 3) esa proyección externa es una verdadera comunicación del*

³⁶⁶ Los egipcios hacían la momificación porque ellos tenían la expectativa de volver a vivir con la misma imagen.

³⁶⁷ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem: a posição do novo código civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002), o direito à imagem e a atuação da mídia, o dano à imagem e sua reparação, principais defesas opostas, jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25-27. Aclara AZURMENDI ADARRAGA (Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 22) que era una “creencia general de que se podía conservar la personalidad de la persona representada si se mantenía una de sus partes esenciales como es el rostro”.

modo de ser personal; 4) es una comunicación que se realiza mediante la representación física de los aspectos inmateriales de la personalidad³⁶⁸.

Empero, se suele admitir que la idea del *ius imaginis* surgió entre los romanos y logra una relevante importancia durante la República³⁶⁹. *Imago* era la mascarilla de cera que reproducía el rostro del difunto. Al principio era un privilegio de determinados magistrados curules y consistía, inicialmente, en la posibilidad de mantener en el *atrium* de sus domicilios y exponer en determinadas ceremonias (cortejos fúnebres y victorias de la familia) los retratos (bustos de mármol o de bronce, *máscara de cera*, estatuas) de los antepasados³⁷⁰. Esta costumbre/privilegio también se extendió a los plebeyos, cuando dichas magistraturas se hicieron accesibles a ellos³⁷¹. 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 en una “operação cara, demorada e só acessível a especialistas que tivessem sofrido um complicado processo de aprendizagem. Nessa fase, compreende-se que ocorresse problemas relacionados com a *propriedade* da reprodução, não propriamente, com o que hoje chamamos de bens de personalidade³⁷²”. Con el

³⁶⁸ AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen...* cit. p. 19-20.

³⁶⁹ Informa AFFORNALLI (*op. cit.*, p. 25-27) que se tiene noticia que en la Grecia Antigua, Platón ya planteaba algo en torno de la importancia de la fisonomía de la persona cuando definió el individuo en el medio social, reclamando sanciones para una posible lesión al derecho a la imagen.

³⁷⁰ GINESTA AMARGOS, J., “*Ius imaginis*”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 4, 1983, p. 904. El autor afirma que al inicio era un derecho que sólo operaba *post mortem*. Antiguamente en el mundo romano era prohibido colocar en lugares públicos estatuas de seres vivientes, e incluso en las casas particulares este derecho se veía enormemente mermado ya que su colocación en ellas debía ubicarse en lugares que no fueran accesibles a quienes no formaban parte de la familia, tanto si se trataban de estatuas o de simples bustos. 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 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.

³⁷¹ RUIZ Y TOMÁS, Pedro. *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*. Madrid: Reus, 1931, p. 51 y GINESTA AMARGOS, J. *op. cit.*, p. 908.

³⁷² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte...*cit., p. 193.

hundimiento del Imperio Romano, pocas son las evoluciones jurídicas vinculadas al derecho a la propia imagen que merecen destacarse, aunque en el Medievo, en la Edad Moderna y en el umbral de la Edad Contemporánea, se constatan grandes progresos en la pintura y en la escultura.

En realidad, las primeras digresiones sobre el *ius imaginis*, argumenta GITRAMA GONZÁLEZ, emergieron con las polémicas sobre la *potestas hominis in se ipsum*³⁷³ en los siglos XVI³⁷⁴ y XVII³⁷⁵. El momento histórico siguiente, en el cual se perciben los factores que influyeron en la moderna teoría del derecho a la propia imagen, se da con el surgimiento de las ideas de los derechos naturales y la incesante búsqueda de la valoración del individuo, junto a la consecuente lucha por los derechos que asegurasen la protección del ser humano. Recuerda GITRAMA GONZÁLEZ que el razonamiento invocado para justificar tal protección jurídica era que se admitía un derecho individual y autónomo de disposición sobre el propio cuerpo, y que de este derecho derivaría la facultad de disponer del reflejo del cuerpo, entendido como la imagen de la persona. No obstante, el debate concreto sobre su configuración jurídica tuvo su principal impulso tras la invención de la fotografía en 1829, por el químico francés Nicéforo Niepce, y después perfeccionada por Luis Jacobo Mandé Daguerre (creador del daguerrotipo - 1839)³⁷⁶. 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 1948³⁷⁷. 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

³⁷³ GITRAMA GONZÁLEZ, M. "Imagen (derecho a la propia)", in: *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Tomo XI, Barcelona 1979, p. 301.

³⁷⁴ Plantea BOMJARDIM (Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 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.

³⁷⁵ La primera manifestación de un derecho sobre sí mismo *jus in se ipsum* se inicia, como ya se ha visto (Capítulo I, epígrafe 1.4), con la publicación, en 1609, del *Tractatus de postestate in se ipsum*, de Baltasar Gómez de Amezcua (DIAS, J.S. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 41).

³⁷⁶ No es unánime la afirmación de que ha sido Nicéforo Niepce el inventor de la fotografía. No obstante, AZURMENDI ADARRAGA (Ana. *op. cit.*, p. 48) relata que en 1841 W.H. FOX TALBOT presenta el negativo en la Academia de Ciencias de París. Señala las diversas asociaciones como *The Calotype club* (1841), *The Liverpool Amateur Photographic*, *The British Journal of Photography* (1854). En la exposición Universal de 1867 en París se convocó el "Gran Premio de Fotografía".

³⁷⁷ AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.* p. 46.

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 escultor³⁷⁸. 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 multiplicación de las imágenes de las personas, y, por consiguiente, su exposición de forma más frecuente y ostensible³⁷⁹. 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 nuevas tecnologías (como la televisión, la internet etc), hasta el punto de reclamar una protección jurídico-constitucional. Habría, pues, que convenir que 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 la personalidad, por medio del abuso de la representación gráfica de la imagen ajena, no se hizo necesario razonar jurídicamente en torno al derecho a la *propia* imagen. Cuando este peligro se da, convirtiéndose en un mal endémico y universalizado, se plantean las demandas judiciales e irrumpe la exigencia de una específica protección jurídica³⁸⁰.

Como *precedentes judiciales*, se suele indicar que es en Francia donde se sitúan las primeras sentencias sobre el derecho a la propia imagen³⁸¹. Relata RUIZ Y TOMÁS

³⁷⁸ RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.* p. 51-52: asevera que para la multiplicación de las copias de un cuadro o busto se recurría a una nueva pintura o modelado, “lo cual reclamaba el consentimiento del propietario de los trabajos artísticos, que casi siempre era el retratado o sus causa habientes y sólo se podía dar el caso improbable de estar aquéllos en poder de un extraño o de haber sido sustraídos fraudulentamente”. Concluye que el escaso alcance de la difusión del retrato por las pocas reproducciones legítimas o ilegítimas no convertía este hecho en una ofensa grave, constante, y no significaba un peligro social.

³⁷⁹ *Íd.*, p. 53.

³⁸⁰ *Íd.*, p.54.

³⁸¹ AZURMENDI ADARRAGA (*op. cit.*, p. 53). La autora resalta que la jurisprudencia francesa de la segunda mitad del siglo XIX estableció la doctrina de que: a) el artista no tenía derecho a exponer un retrato en un lugar público sin que la persona representa o el propietario del retrato hubiera consentido (1855); b) nadie podía reproducir y dar publicidad a los rasgos de una persona en su lecho de muerte,

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 representada³⁸². 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. No obstante, la decisión judicial inicial más conocida³⁸³ sobre el tema es la del año 1858³⁸⁴. 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

cualquiera que haya sido la notoriedad de esa persona, sin el consentimiento formal de la familia, siendo absoluto este derecho de oposición y fundado en el respeto al dolor de las familias (1858); c) los herederos podían oponerse no sólo a la venta de un retrato sino también a cualquier forma de publicidad, aunque la persona representada hubiera autorizado su venta y difusión (1859); d) únicamente mediante un contrato formal se podía conceder definitiva y perpetuamente la publicación de un retrato fotográfico, la persona que hubiera consentido la venta de su retrato, gratuitamente fotografiado, poseía la facultad de revocación de su consentimiento tácito y pagando el precio del retrato prohibir al fotógrafo su venta (1860); e) tendría que indemnizarse el impedimento de la posesión de un retrato o busto por un comerciante de buena fe (1872), f) debería darse publicidad a la imagen en los límites y fines autorizados por el efímero (1896). En este sentido, al examinar esa doctrina jurisprudencial, la autora (p.56) concluye que faltan criterios jurídicos precisos que justifiquen las decisiones judiciales y que las facultades que las sentencias reconocen como integrantes del derecho a la propia imagen. Se observa, pues, una diversificación con respecto a la facultad general de reproducción, exposición al público, de difusión y de venta, característica del derecho de propiedad intelectual y artística.

³⁸² RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, p. 114. En la p. 117 el autor confirma que: “es verdaderamente la jurisprudencia francesa la que con mayor fuerza proclama el derecho a la propia imagen consagrándolo como absoluto y exento de todo linaje de restricciones, cosa natural a mediados y fines del siglo XIX, cuando todavía humeaban los rescolos de la Revolución, y, por lo tanto, ocupaban el primer plano de la intelectualidad francesa los resabios individualistas”.

³⁸³ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem...cit.*, p. 28.

³⁸⁴ 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. DUVAL (DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Editora Saraiva, 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 en un trabajo sobre Derecho Comparado (Napoli, Jovene, 1940, p. 39-90) catalogó treinta y dos demandas judiciales ya en 1903, lo que acredita la nueva protección debatida sobre el *ius imaginis*.

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.

En cuanto al Reino Unido, señala RUIZ Y TOMÁS que tuvo un papel decisivo en la doctrina inglesa la demanda *Prince Albert vs Strange*³⁸⁵. Los hechos en que se basa son, en síntesis, que la reina Victoria y su esposo, el príncipe Alberto, habían realizado diversos dibujos y aguafuertes conteniendo retratos de la Familia Real y de sus amigos, por motivos históricos y otros muy distintos. No estaban destinados a la venta, ni siquiera a la exhibición pública, simplemente los hicieron por entretenimiento y, en ocasiones, para regalar a algún amigo íntimo. De alguna manera, tales trabajos llegaron a las manos de William Strange y otros, quienes pensaron en realizar una exposición pública. Para tal fin, prepararon un catálogo al que titularon “Un catálogo descriptivo de la Galería Real de Aguafuertes de Victoria y Alberto”, que venderían al público por seis peniques y que contenía una descripción de las obras elaboradas por la reina y por el príncipe, sacadas a la luz, según se decía, para que todo el mundo pudiera formarse una opinión de los méritos artísticos de los monarcas. El Tribunal fundamenta su decisión en dos hechos: en la posesión ilícita por parte de los demandados del material en cuestión, y en el hecho de que los monarcas no habían dado su consentimiento a la exhibición de las obras, ni siquiera a la difusión del catálogo. Matiza RUIZ Y TOMÁS que dicha decisión confunde, en todo caso, el derecho de la propia imagen con el derecho real de propiedad intelectual.

Examinando los precedentes jurisprudenciales en Italia, RUIZ Y TOMÁS menciona el caso de una dama que había contratado a un escultor para que éste hiciera un busto en mármol de su difunto marido. La viuda se negó a pagar la totalidad acordada porque supuestamente el busto no retrataba con fidelidad el bigote del fallecido³⁸⁶. El Tribunal Civil de Venecia, el 3 de octubre de 1873, condenó a la señora al pago de la suma que restaba. No obstante, RUIZ Y TOMÁS advierte que la jurisprudencia italiana, en sus inicios, no considera como titular del derecho *a la imagen*

³⁸⁵ RUIZ Y TOMÁS, op.cit. p. 118.

³⁸⁶ *Íd.*, p. 119.

al retratado sino al comitente, que puede ser o no el reproducido, o sus causahabientes³⁸⁷.

En cuanto a la experiencia alemana, ha de comentarse la decisión-marco del Tribunal del Imperio, que el 28 de diciembre de 1899 dictó una sentencia sobre la obtención de una fotografía del cadáver de Bismarck. El Tribunal se basó en la circunstancia de que los fotógrafos se habían adentrado furtivamente en la casa del canciller, y entendió que este hecho sería una violación de domicilio y no, propiamente, una ofensa al derecho a la propia imagen. Razona el autor que la jurisprudencia germánica hasta tal fecha buscaba, de modo habitual, fundamentos en otros derechos individuales, como el de inviolabilidad de domicilio, para tutelar el derecho a la propia imagen.

Sobre la positivación del derecho a la propia imagen, RUIZ Y TOMÁS precisa que muchos autores defienden que el primer reconocimiento imperfecto del “derecho a la efigie” está en la ley alemana de 10 de noviembre de 1842³⁸⁸. 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 (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 que el derecho positivo sobre la propia imagen³⁸⁹ empezó con la ley alemana de fotografía de enero de 1876³⁹⁰. 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

³⁸⁷ *Íd.*, p. 120.

³⁸⁸ *Íd.*, p. 121.

³⁸⁹ MORAES, Walter. “Direito à própria imagem” em *Revista dos Tribunais*, Vol. 443; Ano 61, setembro 1972, p. 64-81 (p. 66).

³⁹⁰ Como afirma ANTÔNIO CHAVES (“Direito a própria imagem” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.67, 1972, p.45-75), en enero de 1876 fueron editadas en Alemania dos leyes que mencionan el derecho a la propia imagen: la ley del día 09 y la del día 10. La ley del día 9 trataba de los derechos de autor sobre sus obras de arte y la ley del día 10 regulaba la protección que se daba a la fotografía y su reproducción ilícita”.

europ³⁹¹. En esta línea, el artículo 8º de la ley alemana de 9 de enero de 1876 no incluía el derecho de reproducción en la enajenación de una obra de arte figurativa, pero si se tratara de retratos o de bustos, el derecho de reproducción pasaría al que hubiera encargado la obra. La ley austriaca (art. 13) declaraba que, en cuanto a los retratos fotográficos, el ejercicio del derecho de autor se hallaba vinculado al consentimiento de la persona reproducida o de sus herederos, exceptuándose las fotografías realizadas de oficio. En Bélgica (art. 20) se sentó el criterio de que ni el autor ni el propietario de un retrato tenían el derecho de reproducirlo o de exponerlo públicamente, sin que la persona representada consintiera (se exigía la autorización de los derechos-habientes durante los veinte años que siguiesen a la muerte de la retratada). En orden de consideraciones, una ley que abordó un tema de singular importancia fue la californiana (EEUU) de 1899, que reputaba ilícita la publicación del retrato de una persona viva sin su consentimiento escrito, aunque ésta hubiera ejercido cargos públicos. La misma idea se aplicaba a las caricaturas que ofendían al honor, la integridad, etc., de las personas o que les despreciasen o expusieran al ridículo. De acuerdo con tal regla, se les imponía a los infractores una multa de cien a quinientos dólares por tal infracción³⁹².

Cabe, pues, concluir que la mayoría de las normas que versaban sobre el derecho a la propia imagen estaban en el contexto de las leyes sobre los derechos de autor (propiedad intelectual) de ese período³⁹³. Tiene y persiguen, desde este enfoque, como

³⁹¹ Cita también el mismo autor la ley japonesa de 04 de marzo de 1899 (art. 25).

³⁹² KOHLER, J. “A própria imagem no direito” (trad. Walter Moraes) in *Revista interamericana de derecho intelectual*, vol. 2, nº 2, jul/dic, 1979, p. 50-67 y RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, p. 123.

³⁹³ La aparición de un derecho de propiedad intelectual es relativamente reciente, pues para crear la obra (y su reconocimiento económico autónomo) se necesitaba de medios y procedimientos eficaces y suficientemente accesibles para la producción cuantitativa de un número de ejemplares de la creación. En Grecia, los autores gozaban de un prestigio, pero no existía un derecho especial sobre las producciones de su espíritu. En Roma la propia fama ya suponía una suficiente de recompensa. El supremo galardón en esta época, pues, era la fama, el pensador, el poeta, el artista se sentían “pagados” con la fama que conquistaban a través de sus obras. El verdadero valor ambicionado, pues, era que se conociese y se disfrutase de la obra, que fuese ésa publicada. El premio del autor era la lectura de la obra en público, la *recitatio*, la exposición en una de aquellas lecturas públicas en que se celebraban en salas privadas o públicas. Además, como advierte VILLALBA (Carlos A. “La positivación del derecho de autor” en Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (3o. 1997. Montevideo) *110 años de protección internacional del Derecho de Autor : Berna, 1886-Ginebra, 1996* (coordinación de la edición, Ricardo Antequera Parilli, Amalia L. Robella), 1997, p. 59-80) se hacía esta difusión mediante copias del manuscrito entregadas a un librero, que las copiaba, pues el único medio reproductor de la obra era la copia manual. Se constituyó una cierta organización comercial a través de verdaderos talleres de copistas, en los que por lo general los amanuenses eran los esclavos. El copista escribano vendía los ejemplares copiados por él mismo, ya pagado por los autores o por los vendedores de libros. El “editor” era el titular de un taller de amanuenses que copiaban manuscritos al dictado (edición o tirada de

ejemplares). Estos editores fueron llamados por Cicerón de *librerii*. Los copistas utilizaban numerosas abreviaturas al recoger los informes de los oradores, de las deliberaciones de las asambleas, de los procedimientos judiciales y, cómo lo hacían tomando notas, fueron llamados de “notarios”. No obstante, la antigüedad clásica no desconocía totalmente el derecho de autor. Desde un punto de vista personal y espiritual, las obras pertenecían al autor y eran ilícitas la usurpación de la paternidad, la publicación contra su consentimiento y el plagio. Informa ROGEL VIDE (Carlos. *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Editorial Tecnos, 1984, p. 17) que LÓPEZ QUIROGA (J. *La propiedad intelectual en España: estudio teórico y práctico de la ley y reglamento vigentes*, Madrid, 1918, p. 3) admite que había un derecho moral en la antigüedad. ALVAREZ ROMERO (C. *La propiedad intelectual: régimen jurídico; registro de la propiedad intelectual*. Madrid: 1967., p. 11) y OLAGNIER (*Le droit d’auteur*, préface de Émile de Saint-Auban. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1934, I, p. 19) defendían la protección del derecho de autor, pero, efectivamente, tal protección no existía en las disposiciones legales. Éste último autor admite que “Il est clair que cette loi ne vise que la répression de la diffamation et non le plagiat. Pour émettre l’opinion que l’action *Injuriarum* était donée contre le plagiare, ces auteurs n’ont pas tenu compte de la première phrase de cette loi). Con el advenimiento del cristianismo no se ha cambiado el panorama del derecho de autor. El reconocimiento del derecho de propiedad intelectual encontraba mayores dificultades que en la época anterior, por el espíritu de pobreza de las comunidades religiosas en las que se custodiaba el tesoro de la cultura clásica y por el carácter colectivo de gran parte de las obras. No se cambia tampoco el tema de la propiedad intelectual a lo largo de las centurias medievales. Se produce más bien una regresión con respecto a ideas y concepciones de la antigüedad. Se entiende que la obra de arte no podía aspirar a premios terrenos, pues era un deber hacerla pública quien había recibido de Dios un conocimiento. El conocimiento y la obra eran bienes pertenecientes a todos. Quien recibía un precio por su trabajo era el que la reproducía y el amanuense. Sin embargo, la invención de la imprenta favoreció el reconocimiento de la propiedad intelectual, pues se hizo más accesible al público, de un modo regular, la reproducción de las obras. Se estableció, de este modo, una comunicación permanente entre el autor y los lectores, con una mayor oferta de número de ejemplares. En esta evolución, la obra, pues, entra en el comercio y adquiere un determinado valor, llamando la atención del poder público. Las primeras manifestaciones legales fueron normas de censura, que soberanos e Iglesia establecieron en forma de licencias previas y obligatorias para toda y cualquier publicación, a fin de garantizar que las obras impresas no ofrecieran, con su propugnación, el peligro de socavar los principios en que la autoridad seglar y religiosa descansaban. Para evitar la crisis del volumen de impresiones de las obras, en 1470 surgen algunos privilegios concedidos a determinados libreros-impresores, dándoles el monopolio de explotación sobre ciertas obras. Se tiene noticia que los primeros fueron otorgados por la República de Venecia. No se trataba del reconocimiento de un derecho preexistente, sino la concesión de un derecho especial otorgado por el poder real que atribuía una condición jurídica *ex novo*. Lo que se concedía con el privilegio no era un derecho de propiedad intelectual en sentido estricto, sino el derecho de explotación económica de la obra, mediante la publicación y venta de los ejemplares multiplicados por su impresión. Ello indirectamente favoreció el nacimiento de los derechos patrimoniales de los autores. Además, el monopolio de explotación concedido tenía carácter temporal, señalándose cortos períodos de duración, para hacer menos odioso el privilegio. He aquí el punto de partida del reconocimiento del derecho de propiedad intelectual. Con el transcurso de los años, el privilegio se va haciendo impopular. Locke, Kant y Fichte, Voltaire inician el camino para el reconocimiento del derecho de propiedad intelectual, que tuvo grande influjo, en este sentido, de la Escuela Racionalista del Derecho Natural. En el inicio del siglo XVIII, el Estatuto de la Reina Ana (Inglaterra) rompe con el privilegio de los editores y reconoce que el derecho corresponde a los autores, en cuanto creadores de sus obras. La titularidad exclusiva pasa del editor al autor. Dicho estatuto sirve de estímulo para la cultura y para el saber y se concede, pues, al autor de la obra y a sus derechohabientes el derecho exclusivo de imprimir y reimprimir el libro (*the sole liberty of printing and reprinting such book or books*) durante los catorce años siguientes de su primera publicación, conservándose este derecho durante otros catorce años, si al transcurso del primer plazo, viviese todavía el autor. BLACKSTONE, escribe ROGEL VIDE (Carlos. *Autores, coautores y propiedad...*cit., p. 31), defendió la existencia de una propiedad de carácter perpetuo sobre la obra, derivada directamente del *commom law*, pero únicamente podía admitirse en relación con la obra no publicada. El Estatuto de Ana, por tanto, se configura como el primer reconocimiento legal del derecho de autor y ha producido tres factores esenciales para la comprensión de la propiedad intelectual: cultura, interés público y derecho de los autores. En este contexto, se constatan dos orientaciones fundamentales sobre el derecho a la propiedad intelectual a partir de esta evolución histórica: a) concepción latina (sistema individual, subjetivo): se atiende en primer lugar al derecho de los autores, procurando

uno de sus principales objetivos, la protección de la *facultad de reproducir las obras*, reflejando, así, la tendencia eminentemente patrimonialista que predominaba en aquel momento histórico, desde el punto de vista político y social. De ahí que normalmente se atribuya al comitente y no al retratado las facultades que derivaban del derecho a la *imagen*.

El esbozo doctrinal del derecho a la propia imagen surgió en ese período, en la segunda mitad del siglo XIX. La protección de la imagen se puso de manifiesto en varias monografías escritas sobre el tema³⁹⁴, pudiéndose citar autores alemanes que se dedicaron a estudiarla como: KEISSNER³⁹⁵ (1896), GAREIS (1902), OLSHAUSEN (1902), COHN (1902), KHOLER (1903), OSTERRIETH (1903), RIETSCHEL (1903), GALEMKAMP (1903), BLUME (1903) y otros. Entre los juristas italianos cabe destacar AMAR (1874), RICCA BARBERIS (1903), FERRARA (1903), CAMPOGRANDE (1904), PACCHIONI (1905), DUSI (1906) y otros. WALTER MORAES, al comentar la orientación de las monografías de KOHLER³⁹⁶ sobre el tema, afirma que en Alemania, a comienzos del siglo XX, muchos autores escribieron sobre el derecho a la propia imagen después que KEISSNER (*Das Recht am eigenem Bild*, 1896) planteara la teoría del derecho a la propia imagen propiamente dicha, como una

compaginarlo con el interés público (origen de las normas de la Francia revolucionaria); b) concepción anglosajona (sistema comercial, objetivo): se concede al interés público primordial importancia, esforzándose en adaptar a él del derecho de autor (Gran Bretaña y Estados Unidos). La legislación estadounidense fue la segunda en aparecer. Los legisladores americanos cifraban su aspiración en la felicidad colectiva, último fin al que supeditaban todos los demás. De otra parte, la Revolución Francesa elimina toda clase de privilegios relativos a las obras del espíritu y ello supone la consagración del derecho de propiedad literaria y artística. El Decreto de la Asamblea Nacional de Francia, de 13 a 19 de enero de 1791 y la Ley de la Convención de 19-24 de junio de 1793 fueron las que consagraron el exclusivo derecho de autor para todas las obras del ingenio. El instituto jurídico de la propiedad sería el único admisible para expresar la relación jurídica sobre la obra, objeto de la creación intelectual. Se entendía el derecho de autor como derecho exclusivo individualista y patrimonial dirigido esencialmente a garantizar el disfrute legítimo de la obra. Este criterio limitaba el derecho de autor a una modalidad del derecho de propiedad, nueva e especial por su forma, pero que facilitó su reconocimiento y permitió que amparado en este concepto jurídico se robusteciese y ampliase su contenido a través de todo el siglo XIX, plasmado en la mayoría de los países en normas legales de carácter general.

³⁹⁴ Se discute todavía quién fue el primer autor a escribir sobre el tema: los alemanes la atribuyen a KEYSSNER y los italianos a AMAR (*Dei diritti degli autori delle opere dell'ingegno; Studio teorico pratico*, 1874, Torino). WALTER MORAES ("Direito à própria imagem (I)"...cit., p. 65) comenta que KHOLER menciona algunos trabajos de autores franceses más antiguos al de KEYSSNER como el de VAUNOIS ("La liberté du Portrait, 1894), BIGEON ("La Photographie et le Droit", 1893) y algunos suyos de 1880 y 1895.

³⁹⁵ AZURMENDI ADARRAGA, (*op. cit.*, p. 63) afirma que el antecedente de la teoría de KEYSSNER sobre el derecho a la propia imagen es el *ius in se ipsum* de GÓMEZ DE AMÉSCUA.

³⁹⁶ MORAES, W. "Direito à própria imagem (I)"...cit., p. 65.

interpretación de la ley alemana sobre la fotografía de 1876, con reflejos en los §§ 823 y 826 del BGB. Como ya se ha tenido oportunidad de comprobar, tal razonamiento integraba la imagen en la teoría del derecho general de la personalidad, la cual ha impulsado y favorecido otro enfoque, diverso al propietario y que tanto pesó en las discusiones jurídicas de la época. GIERKE³⁹⁷ y KHOLER³⁹⁸, por ejemplo, intentaban configurar este derecho como el primordial del individuo a ser reconocido como persona, siendo el derecho general de la personalidad el fundamento de todos los demás, convirtiéndose tales autores en los principales defensores de esta tesis.

El derecho a la propia imagen volvió a ocupar un relevante espacio en 1902, con ocasión del XXVI Congreso de Juristas Alemanes celebrado en Berlín entre el 10 y el 12 de septiembre, cuando KEYSSNER y GAREIS (relatores del Congreso) plantearon si la imagen personal constituía el objeto de algún derecho. ENNECERUS fue uno de los defensores del derecho a la propia imagen y estableció algunas situaciones en las que no sería necesario el consentimiento de la persona retratada: a) las imágenes de la historia contemporánea; b) imágenes en las que la persona aparece de modo accidental; c) las fotografías de reuniones o actos públicos en los que la persona ha tomado parte; d) las fotografías no hechas por encargo si su publicación o exhibición tuviera finalidad artística; e) las necesidades de la justicia³⁹⁹. Añade AZURMENDI ADARRAGA que el resultado de esa tesis fue la solicitud de una ley contra la abusiva utilización de imágenes fotográficas, siempre que se violaran intereses dignos de amparo, y, en particular, cuando se diese publicidad a hechos que sólo los interesados, según las ideas

³⁹⁷ AZURMENDI ADARRAGA (*op. cit.* p.59-60) afirma que la doctrina de GIERKE proporcionó unos resortes doctrinales válidos para el reconocimiento de la naturaleza jurídica de la imagen humana y que su noción de libre desarrollo de la personalidad hizo que se empezara a distinguir las fronteras entre honor, intimidad e imagen humana.

³⁹⁸ KOHLER, J. “A própria imagem no direito” ... cit., p. 53 argumenta que “a ninguém se atribui um poder jurídico autoral à própria imagem, assim como não poderia pretendê-lo quem se apossasse de uma obra de arte já acabada ou de um manuscrito (...) Por isso a fonte do direito à imagem só pode repousar na personalidade e podemos dizer: a reprodução da própria imagem não é lícita se ela invade a esfera legítima da personalidade, se ela interfere mais do que lhe é permitido, na mencionada conformidade com o direito de vizinhança (...)”.

³⁹⁹ AZURMENDI ADARRAGA, *El derecho...* cit., p. 65. La autora relata que la idea de ENNECERUS se basaba en tres tipos de situaciones: 1) Carácter público de las actividades de una persona o de los acontecimientos en los que participa; 2) Concurrencia con otros derechos, (libertad de prensa y el derecho de propiedad intelectual y artística); 3) Necesidades de la justicia y del orden público.

dominantes, tuviesen la facultad de hacer públicos⁴⁰⁰. Es importante señalar que estos límites del derecho a la propia imagen, como se verificará, coinciden con el mensaje de las normas posteriores de regulación del mismo. Así, la Ley alemana de 9 de enero de 1907⁴⁰¹ sobre derechos de autor (de propiedad intelectual, de obras de bellas artes y fotografías) ubica el derecho a la propia imagen entre el derecho de autor y el derecho general de la personalidad⁴⁰². Ese reconocimiento legislativo revela la influencia directa de las conclusiones del XXVI Congreso de Juristas, pues el párrafo 22 de la mencionada ley establecía que los retratos no podrían ser divulgados o tampoco exhibidos públicamente sin autorización de la persona retratada y, si hubiera duda con relación a la autorización, prevalecería el entendimiento de que fue autorizado. El párrafo 23, por otro lado, disponía que las imágenes de las personas podrían ser publicadas cuando fueran captadas en locales públicos o cuando la persona hubiera participado por su propio interés⁴⁰³.

La teoría del derecho general de la personalidad como protectora del derecho a la propia imagen influyó en los autores de Francia e Italia, que también se dedicaron a estudiar el asunto. Se suele decir que la obra que introdujo la noción del derecho general

⁴⁰⁰ *Íd.*, p. 67-68. Resalta AZURMENDI ADARRAGA que hubo una réplica a la propuesta de este congreso en el XXVII Congreso que tuvo lugar en Innsbruck, 1904. WILDHAGEN refuta la independencia del derecho a la propia imagen del derecho de autor y RIETSCHEL propuso el reconocimiento del derecho a la imagen limitado a aquellos casos en los que la difusión y exposición pública suponga una lesión a los intereses de la persona representada o de sus familiares.

⁴⁰¹ HERRERO-TEJEDOR (Fernando. *Honor, Intimidación y Propia Imagen*. Editorial Colex: Madrid, 1994, p. 101) citando a VISINTINI (“Il diritto all’immagine, en *L’informazione e i diritti della persona*, p. 59, Napoli, 1983) defiende que el primer reconocimiento legislativo tuvo lugar en ALEMANIA, en 1907, ante el clamor suscitado por la ya citada sentencia sobre el comportamiento de dos fotógrafos que habían reproducido la imagen del CANCELIER BISMARCK en su lecho de muerte, contra la voluntad de sus parientes.

⁴⁰² AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.*, p. 69. En el análisis de la autora, la Ley evita una alusión directa a la dimensión patrimonial de la propia imagen, pero sólo se protege la exposición y difusión de la imagen, no su captación.

⁴⁰³ Comenta MANZANARES SAMANIEGO (José Luís. “El Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Alemán”, *Boletín de información*, Madrid, a.45n.1619, (05 de diciembre), 1991, p. 6124-6130) que el art. 141.5 de la ley alemana de 09 de abril de 1965 no derogó *in totum* la ley de 09 de junio de 1907 (que tuvo modificaciones en 20/05/1910, 13/12/1934 y 12/05/1940), dejando todavía en vigor las disposiciones referentes a la protección de los retratos. En este sentido, el art. 22 de esta ley establece que los retratos sólo pueden ser difundidos o expuestos públicamente con el consentimiento del retratado. En caso de duda, se considera prestado el consentimiento cuando el retratado recibiera una retribución por dejarse retratar. Tras el fallecimiento, hasta los 10 años, es imprescindible el consentimiento de los parientes. La obtención del retrato sin el debido consentimiento representa hoy un ataque contra el derecho general a la personalidad garantizado por la Constitución. El art. 23 regula las excepciones que autorizan la exposición del retrato sin el previo consentimiento: 1) Historia contemporánea, 2) Imagen accesoria, 3) Reuniones, manifestaciones; 4) Interés superior artístico. El art. 24 dispone sobre las excepciones de interés público que tienen el foco en la seguridad pública.

de la personalidad en Francia fue la de R. SALEILLES “Le droit au nom individuel pour l’Empire d’Allemagne, Note sur l’art. 12 du Code Civil allemand”, en la *Revue de Legislation et Jurisprudence*, 1900, p. 94-101. Más tarde, en París, en 1913, H. FOUGEROL publicó *La figure humaine et le droit*, que planteaba la cuestión de la existencia o no del derecho a la propia imagen y de su naturaleza jurídica⁴⁰⁴. En Italia, M. AMAR (1874) y ROSMINI (1896) fueron los primeros autores que indagaron si el individuo posee o no un derecho a su imagen propia⁴⁰⁵. Posteriormente se publican trabajos (RAVÀ, “Il diritto sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto”. *Rivista Ital. Per le scienze giuridiche*, 1901; RICCA-BARBERIS. “Sul contenuto del diritto al nome e del diritto all’immagine”, Estratto dalla Corte d’Appello, Lubrano, 1905, Napoli, 1905; DUSI. “Cenni intorno al diritto alla propria immagine. Studi Senesi”, 1906, Torino, 1906) que confieren un contorno más personalista al concepto de la imagen humana. La primera disposición al respecto fue el *Regio Decreto Legge* n. 1.950, de 7 de noviembre de 1925, que preveía que el retrato de una persona no podía ser publicado o comercializado sin el consentimiento tácito o expreso de la persona⁴⁰⁶. Tras la muerte del titular del derecho, se concedía legitimación al cónyuge, ascendientes y descendientes para reclamar los derechos o autorizar la divulgación de la imagen del *de cuius*. Se dejaba claro que la persona que diera el consentimiento podría revocarlo, responsabilizándose por el resarcimiento de los daños. Sin embargo, esta ley estimaba que la publicación del retrato era libre si hubiera interés científico, didáctico, cultural o si se refiriera a un hecho de interés público. En tal contexto, la ley federal suiza de 7 de diciembre de 1922, que trataba sobre el derecho de autor, en el artículo 29 disponía que era lícita la reproducción de la imagen si lo autorizaba la persona retratada, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes (cuando ya fallecida)⁴⁰⁷. De otra parte, en el artículo 35 reafirmaba que los ejemplares de imágenes autorizadas no podrían publicarse o tampoco circular sin autorización de la persona retratada, salvo convención en contrario.

⁴⁰⁴ AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁰⁵ *Íd.* p.72-75. seguido por FADDA Y BENZA, F. PIOLA CASELLI y V. CAMPOGRANDE entiende que el derecho a la propia imagen sería un derecho al propio cuerpo, defendiendo la plena disposición sobre la imagen.

⁴⁰⁶ Disposizioni sul diritto di autore. (publicato nella gazzetta ufficiale n.270 del 20 novembre 1925).

⁴⁰⁷ RODRIGUES (Sílvio. “Direitos da Personalidade”, *Revista do Advogado*, n. 19, out., 1985, p. 54-60) sostiene que el Código Suizo de 1907 (art. 27 e art. 28) se refería a la tutela de los derechos de la personalidad.

Junto a la corriente doctrinal del derecho general de la personalidad, en los Estados Unidos, en 1890, Dennis WARREN y Louis Dembitz BRANDEIS publicaron el artículo “The Right to Privacy” en la *Havard Law Revue*, una de las principales revistas jurídicas estadounidenses⁴⁰⁸. Esta publicación coincidió con la resolución de los primeros casos de jurisprudencia relativos a la utilización de la imagen de una persona en la publicidad comercial. La idea principal era establecer un límite jurídico que vedase las intromisiones de la prensa en la vida privada. El artículo se centra en encontrar principios en el *common law* que legitimaran la existencia de un derecho a la *privacy*, que garantizaría a cada persona el derecho a decidir hasta qué punto pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones. Los autores aluden a la evolución de los derechos de la persona (derecho a la vida, el de libertad y el de propiedad) y a los *cases law* para probar el reconocimiento jurídico de la naturaleza espiritual del ser humano, de sus sentimientos y de su intelecto. Postulan que existe un principio de la *inviolabilidad de la persona*, que da lugar al desarrollo del derecho a la privacidad. Desvinculan, por tanto, la estructura arraigada de la privacidad-propiedad para sostener la existencia del nexo privacidad-personalidad. Esta doctrina, que hasta hoy influye en el concepto de imagen y privacidad estadounidense, no concede autonomía al derecho a la propia imagen, concluyéndose que éste queda subsumido en el derecho a la *privacy*, pues los autores denuncian los ataques a la privacidad *a través* de fotografías indiscretas⁴⁰⁹. Por ello, no se puede afirmar, de forma clara, que el derecho estadounidense tutele de modo autónomo el derecho a la propia imagen, pues su protección se efectúa por medio del *right to privacy* o a través del *right to publicity* (este último protege más específicamente la explotación comercial de la *identidad* de la

⁴⁰⁸ El artículo de Samuel WARREN y Louis BRANDEIS ocupa un alto puesto en los estudios jurídicos más citados. Ha sido referencia en las 180 revistas jurídicas (en la fecha de publicación del libro 1995) norteamericanas más prestigiosas, a partir de 1947. Obtuvo una inestimable repercusión mundial, motivando a los juristas a debatir sobre el derecho a la intimidad. La doctrina de la intimidad tuvo un desarrollo aún fragmentario hasta mediados del siglo XX, cuando llegó a alcanzar autonomía internacional, primeramente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, 1948, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Más tarde, en 04.11.1950, también ha sido incluida en la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁴⁰⁹ AZURMENDI ADARRAGA (*op. cit.*, p 77) recuerda que la imagen hasta 1890 había sido incluida en la protección genérica de la responsabilidad por actos ilícitos (*torts*) y en especial dentro de la difamación (*libel, slander*), del derecho de autor (*copyright*) y de la tutela de la libertad de prensa (*press, printing*).

persona)⁴¹⁰. La jurisprudencia norteamericana discutió el tema en la sentencia *Marcks v. Sofia*, en la que se planteó el derecho a ser dejado en paz, fundado en el derecho a disfrutar de la vida, sin publicidad. Posteriormente, la sentencia *Corliss v. E. W. Walter Co.* marcó la doctrina jurisprudencial estadounidense, pues fue la primera que plantea la diferencia entre la tutela de un retrato de un individuo “privado” y de un personaje público⁴¹¹. Junto a esta concepción más personalista del *right to privacy* se cuestionó, por primera vez, su enfoque patrimonial (*right to publicity*) en el caso *Robertson v. Rochester Folding Box* (Tribunal de Apelación de Nueva York, 1902)⁴¹². Un caso en el que se debatió el alcance de la legislación sobre una nueva forma de lesión⁴¹³, distinta de la publicación maliciosa de un retrato, cuando se exponía a una persona al desprecio, ridículo o difamación⁴¹⁴. Y ese justamente fue el mensaje transmitido en las secciones

⁴¹⁰ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, José Luis. “El derecho al valor comercial de la identidad (*right of publicity*) y el ilícito del desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*)” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3, 2004; SAHM, R. *Direito à imagem no Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 155. El autor ENRICH (Enric. “El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión”. *Revista Jurídica de Cataluña*. Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación (1985), n. 3, 2004, p. 795-812) afirma que en los Estados Unidos no existe un derecho federal sobre protección de la imagen, si bien algunos estados han regulado su utilización comercial. Pero sí existe en la Constitución norteamericana (*First Amendment*) un principio claro y contundente sobre libertad de expresión, que sólo puede verse limitado en ciertos casos, por ejemplo en el área del derecho a la propia imagen, cuando esa expresión o información es difamatoria. Hay un cierto derecho reconocido sobre la propia imagen, pero éste siempre cede en relación con la publicación de eventos que son noticia (*newsworthy*). Se ha llegado a considerar que las fotografías obtenidas por un paparazzo habiendo un acto ilegítimo previo de trepar (por ejemplo saltar una valla para acceder a una propiedad privada) pueden ser publicadas si son noticiables, sin que ello infrinja la privacidad del sujeto fotografiado.

⁴¹¹ AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.*, p. 79.

⁴¹² Relata IGARTUA ARREGUI (Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Editorial Tecnos S. A., Madrid: 1991, p. 16-17) que la creciente patrimonialización de la imagen hace que en todos los países se esté reconsiderando la naturaleza del derecho a la imagen. Se puede definirlo como el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales. Se examinará oportunamente estos matices en el próximo apartado, pero lo que ahora interesa resaltar es que dicho autor menciona que en los EEUU el *right to publicity* ha sido inicialmente reconocido por el artículo 990 del código civil de California (reforma de 1985) y actualmente cerca de 20 estados también lo admiten. El Tribunal Supremo estadounidense ha afirmado la existencia del *right to publicity* como diferente del *right to privacy* en la decisión del caso *Zachini v. Scripps Howard Broadcasting Co.*, 233 US 562.

⁴¹³ AMAT LLARI, Eulalia. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. La Ley: Madrid, 1992, p. 25. La demanda versaba sobre el uso publicitario de una fotografía de una joven, Abigail Roberson, por una fábrica de harinas. El juez se negó a reconocer un derecho no previsto y sin precedentes. Los jueces disidentes hicieron una analogía con el derecho a evitar la intromisión física y con el derecho a evitar la apropiación de los productos de la mente y lo admitieron.

⁴¹⁴ LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. *El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices – publicitarios: veintinueve años de pleitos que podían haber sido evitados*. Madrid: Vision Net, 2005, p. 26: afirma que el Tribunal Alemán (caso *Herrenreiter*) fue el primero en fijar una indemnización por el uso ilegítimo de la imagen con fines comerciales, “se había publicado la fotografía de un atleta saltando un obstáculo por una empresa fabricante de un remedio contra la impotencia sexual”. Resalta que la primera decisión judicial en España sobre el asunto es la proclamada por la Audiencia Territorial de Zaragoza, el

50 y 51 de la Ley de Derechos Civiles del Estado de Nueva York, de 1903 (año siguiente a la sentencia), que disponían que para el uso comercial del nombre o de la imagen (la *identidad*) de una persona viva era preciso su consentimiento escrito⁴¹⁵.

El período entreguerras se caracteriza por la escasa aportación jurisprudencial en aras de la clarificación conceptual del derecho a la propia imagen. No obstante, lo que se constata en esta etapa es su despegue del derecho de autor, vinculado al derecho de propiedad, y su asentamiento posterior como parte de los derechos humanos integrantes de la Declaración Universal de 1948 (art. 12). En este periodo merece destacarse la doctrina de R. NERSON, en Francia, que diferencia el derecho a la propia imagen del derecho a la vida privada y del derecho al honor⁴¹⁶. NERSON Planteó que el daño ocasionado cuando se publica un dato de la vida privada es distinto del daño causado por la publicación del retrato de una persona. Propuso una tutela específica del derecho a la propia imagen, en la cual la protección se diera por la aplicación del principio general del artículo 1.382 del Código Civil (responsabilidad civil) o por la protección contra la difamación castigada en el Código Penal. Sustraer el derecho a la propia imagen del derecho de autor, y lo sitúa como una manifestación de la individualidad moral⁴¹⁷.

En Italia se publican normas protectoras relacionadas con el derecho a la propia imagen, significativamente la Ley sobre Derecho de Autor de 1941 (art. 96 y 98) y el

09 de junio de 1967, la “Sentencia del Pregonero de Zaragoza”, la cual se analizará más adelante en el Capítulo dedicado a la experiencia española.

⁴¹⁵ AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.*, p. 82-83 cita que en 1904 se sanciona la utilización publicitaria del rostro de una persona sin su consentimiento en el caso *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* (Tribunal de Georgia).

⁴¹⁶ *Íd.*, p.85, citando a R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Lyon, 1939.

⁴¹⁷ Sin embargo, como advierte HUBERT ALCARAZ (“El derecho a la intimidad en Francia en la época de la sociedad de la Información: Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être jamais, peut être demain!” in *ARAUCARIA - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 9, Nº 18, Segundo Semestre de 2007, p.06-28) antes de la ley de 17 de julio de 1970, sólo el artículo 15, párrafo 2º de la ley de 29 de julio de 1881 sobre libertad de prensa preveía la prohibición de probar los hechos difamatorios en tres casos, y especialmente “cuando la imputación afecta a la vida privada de la persona”. El derecho a la propia imagen estaría dentro del derecho a la vida privada, pues el concepto francés de *vie privée*, creo yo que todavía influido por la doctrina del derecho general de personalidad, engloba más o menos totalmente a otros derechos de la personalidad con vocación más limitada, pudiendo la protección de la vida privada revestirse de diferentes aspectos.

Código Civil de 1942 (art. 10)⁴¹⁸. Matiza AZURMENDI ADARRAGA que aunque existiera una dualidad derecho de autor - derecho general de la personalidad (herencia alemana), la legislación italiana dio un sentido más personalista al derecho a la propia imagen. Pese a su clara vinculación con el derecho al honor, la sistematización de tal derecho puede ser atribuida al Código Civil italiano que, en el libro I, *Delle Persone e Della Famiglia*, dispone en el artículo 10 que “*Abuso dell'immagine altrui. Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni*”. En torno al desarrollo doctrinal italiano en ese período, conviene citar las obras de RAVA (*Instituzioni di diritto privato*, Padova, 1938) y DE CUPIS (*I diritti della personalità*, Milano, 1942), dos autores que acuñan la expresión *diritto alla riservatezza*, del cual formaban parte tanto el derecho a la propia imagen y como el derecho al secreto. Son trabajos que ejercieron un gran influjo en la doctrina y en la jurisprudencia italianas, y que cambian el enfoque autoralista del derecho a la propia imagen por el de la *riservatezza*. Entiende DE CUPIS que la imagen humana es la primera manifestación de la *riservatezza* y, aunque no conceda autonomía al derecho a la propia imagen, se aprecia un avance notoriamente personalista en su concepción⁴¹⁹.

Teniendo en cuenta la estructura legal de las legislaciones influidas por estas ideas sobre el derecho a la propia imagen, se puede afirmar, siguiendo WALTER MORAES⁴²⁰, que surge un novedoso marco normativo cuyas principales características serían las siguientes: a) prohibición de la reproducción, la divulgación, la exposición del retrato sin el consentimiento de la persona retratada; b) establecimiento de una serie de sucesores en este derecho de consentir (parientes); c) presunción del consentimiento a favor del autor del retrato en ciertas circunstancias; d) previsión de casos en los que no

⁴¹⁸ Y posterior a la Segunda Guerra, la Constitución de 1947 (art. 2: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”).

⁴¹⁹ AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.*, p. 85 y ss.

⁴²⁰ MORAES, Walter. “O direito à própria imagem (I)”...cit, p. 66.

es necesario tal consentimiento: notoriedad del retratado, orden público (interés judicial, policial, cultural y presencia en acontecimiento público).

Pero sería sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial cuando se nota que la tutela de la personalidad se hace más significativa, de modo que la mayor preocupación por la persona humana se plasma en las Declaraciones Internacionales de Derechos y en los Pactos Supranacionales firmados. No me detendré en analizar exhaustivamente dichos textos, por la extensa bibliografía dedicada a ellos. Sólo citaré algunos, en tanto los marcos orientadores de los Estados Democráticos de Derecho. Se ha de indicar, en tal sentido, que el primer texto supranacional que reconoce explícitamente el derecho al honor, a la reputación y a la vida privada y familiar es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 2 de mayo de 1948, art. 5º: “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. Tiene tal texto la virtud de adelantarse en siete meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en Nueva York, el 10 de diciembre de 1948 por la Organización de las Naciones Unidas. Esta Declaración Universal de Derechos Humanos, sin embargo, en la serie de varios enunciados que protegen a la persona humana, otorga respaldo a los derechos de la personalidad en el preámbulo, en los artículos 6, 12 y 19⁴²¹ y prevé el reconocimiento de una serie de derechos que son necesarios no sólo para la vida del ser humano en sociedad, sino también para su desarrollo, es decir, para la dignidad humana de todas las personas y la personalidad jurídica individual, derecho sin los cuales el ser humano no puede autodeterminarse plena y libremente.

A su vez, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, establece en el artículo 2 la protección del derecho de la persona a la vida, y en el artículo 8

⁴²¹ Preámbulo: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. (...) “Art. 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. “Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. (...) “Art. 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

manifiesta una clara intención de proteger los derechos de la personalidad⁴²². El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, reconoció expresamente el derecho a la personalidad jurídica en el artículo 16, el derecho a la vida en el artículo 6, el derecho de la persona a la libertad en el artículo 9 y el derecho a la vida privada en el artículo 17⁴²³. En esta línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), realizada en Costa Rica del 7º al 22 de noviembre de 1969, aseguró a toda persona el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), a la vida (art. 4), a la integridad personal (art. 5), a la libertad personal (art. 7), al honor y a la dignidad (art. 11), del derecho de respuesta y rectificación (art. 14) y del derecho al nombre (art. 18)⁴²⁴.

⁴²² “Artículo 2. Derecho a la vida. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley (...); Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁴²³ “Artículo 6. 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente (...); Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (...); Artículo 16. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica; Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

⁴²⁴ “Artículo 3. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica; Artículo 4. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (...); Artículo 5. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...); Artículo 7. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (...); Artículo 11. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques; Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta. 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial. Artículo 18. Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

En su mayoría, los textos internacionales se refieren de forma directa a los derechos humanos y, de modo indirecto, (en términos formales) a los derechos de la personalidad, interpretados, de modo usual, a partir de la protección dada a la inviolabilidad personal. La intención, en efecto, de estas declaraciones internacionales es garantizar la *inviolabilidad personal* de la persona humana, tanto física como moral, enumerando algunos derechos humanos para tal objetivo. Sin embargo, no se puede ignorar que varios de estos derechos humanos coinciden con los derechos de la personalidad, dentro de los cuales está inserto el derecho a la propia imagen. Se debe hacer notar que dichos textos universales no tutelan específicamente el derecho a la propia imagen, empero al analizarlos desde una perspectiva del libre desarrollo de la personalidad, que es la que ha de aplicarse cuando se está estudiando un derecho individual fundamental, se comprueba que tal derecho estará también protegido por tales declaraciones supranacionales.

Partiendo de esta idea, el derecho a la propia imagen obtuvo expresa consagración en este movimiento constitucional democrático con la proclamación de la Constitución Portuguesa de 1976⁴²⁵ (revisada en 1982) y de la Española de 1978⁴²⁶, consagración que *in extenso* se analizarán más adelante. Haré una comparación hermenéutica de estos dos textos constitucionales, para interpretar lo que de ellos ha absorbido la Constitución Brasileña de 1988. A partir de la formalización constitucional del derecho a la propia imagen, en estos países, surgieron las leyes civiles para regular y tutelar el uso de la imagen (algunas de modo genérico), con el fin de conferir eficacia al dispositivo constitucional. No obstante, el análisis de estas normas tendrá lugar en los apartados específicos dedicados a ellas, de modo que por ahora tan sólo se establecerá un concepto inicial del derecho objeto de esta investigación.

⁴²⁵ Es oportuno mencionar que antes de la proclamación de la Constitución de Portugal de 1976, el Código Civil de 1966 ya preveía la protección legal al derecho a la propia imagen. No obstante, se matizará tales normas en el Capítulo III, dedicado a la experiencia lusitana.

⁴²⁶ de la Peruana de 1979 (y en la de 1993).

2.2 Un concepto inicial

Del apartado precedente se ha de inferir que la necesidad de protección contra la arbitraria difusión de la imagen de la persona deriva de una exigencia individual, según la cual la persona debe ser el sujeto que consienta la posibilidad de representar gráficamente su propia imagen. El sentido de la propia individualidad crea dos perspectivas en la configuración jurídica de tal derecho: por un lado, una de exigencia de circunspección, de reserva, de exclusión, y, de otro, establece la autonomía jurídica individual y la autodeterminación del individuo para proyectarse socialmente. La primera, garantiza la exclusión de los demás de este ámbito individual, protegiendo, pues, la inviolabilidad personal. La segunda, se asegura la exteriorización de la libertad del individuo en las relaciones sociales; el derecho a la propia imagen emerge, en esta línea, como una expresión concretada de la autonomía personal. Se configura, de este modo, una realidad jurídica en la que la imagen se afirma como un bien jurídico eminentemente personal en el plano teleológico y en el material-axiológico, con estructura de libertad fundamental, que reserva a la persona una posición de dominio sobre una característica personal. Al titular le asiste, en exclusiva, el derecho de determinar quién puede representar, grabar, registrar, utilizar o divulgar su imagen⁴²⁷. Ambas perspectivas se incluyen en la teoría de la dignidad de la persona humana y se entroncan con la tutela constitucional de los derechos fundamentales. En efecto, sobre estas dos ideas, en lo esencial, se configura el concepto del derecho fundamental a la propia imagen.

Antes de ofrecer concretamente tal concepción, es oportuno hacer una importante distinción previa: de un lado está el concepto de imagen y de otro el concepto del derecho a la propia imagen. Parece simple e incluso obvia esta diferenciación, pero se torna relevante cuando se aborda la delimitación del objeto de este derecho y sus consecuencias jurídicas. RUIZ Y TOMÁS, tras enunciar una serie de conceptos de imagen existentes, sostiene que la imagen sería, pues, toda expresión que haga sensible un objeto carente, en sí mismo, de susceptibilidad para manifestarse, o bien el medio por el que una cosa se destaca en el ambiente externo con más fuerza de

⁴²⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...*cit p. 132.

la que antes tenía. Viene a ser, en general, sinónima de figura, representación, semejanza o apariencia de un objeto⁴²⁸. En este sentido, es oportuno traer a colación el significado de la palabra imagen (del latín *imago, imaginis*) para la Real Academia Española: la “figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa” y “reproducción de la figura de un objeto por la combinación de los rayos de luz”⁴²⁹. Estas concepciones transcritas muestran lo que la palabra imagen puede comprender, es decir, que puede referirse a cualquier imagen, sea de una cosa o sea de una persona.

Sin embargo, conviene precisar que la imagen que se va a estudiar se concibe como una *representación*, una plasmación de los rasgos esenciales del aspecto físico externo de la *persona humana*. 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 humano⁴³⁰. De este planteamiento inicial ya se excluye cualquier otra obra, figura o representación que no se conecte con la persona. Hecha esta precisión, considero adecuado el razonamiento de ROYO JARA que enumera 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*⁴³¹. El mismo autor explica que se debe entender la *representación* como la figura o imagen que sustituye a la realidad. La *reproducción* significa sacar copia en uno o en muchos ejemplares⁴³², debiendo considerarse todos los procedimientos habidos y por haber de reproducción de la figura humana. Hay quien defiende otra distinción afirmando que la fijación de la figura humana a través de la pintura, la escultura, el dibujo, sería una representación de la

⁴²⁸ RUIZ Y TOMÁS, Pedro. *Ensayo sobre el derecho...* cit., p.46. “Se habla de la imagen en el orden físico, en el fisiológico, en el psicológico, en el psicológico patológico, en el filosófico, en el retórico, en el pedagógico y en el religioso, pero a nosotros exclusivamente nos incumbe examinarla en el estudio del Derecho”.

⁴²⁹ HERCE DE LA PRADA, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Jose María Bosch Editor: Barcelona, 1994, p. 16: “De ahí que se hable en un sentido retórico-estético o psicológico en que aquella palabra halla su conexión semántica con el término imaginación de igual raíz”.

⁴³⁰ AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.*, p. 22.

⁴³¹ ROYO JARA, José. *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987, p.25-29.

⁴³² Conceptos que extraigo de la página web de la Real Academia Española.

imagen, mientras que la llevada a cabo por la fotografía, el vídeo, la televisión sería una reproducción, una copia⁴³³. Sin embargo, no estimo que pueda influir tal discutida distinción (representación o reproducción) en los efectos jurídicos prácticos del derecho a la propia imagen. Lo relevante, pues, es tener en cuenta que lo que la tutela estatal protege es la *representación*, la *manifestación* y no la imagen humana en sí⁴³⁴. Normalmente, no puede evitarse⁴³⁵ que terceros conozcan nuestra imagen, pues el ser humano, dado su carácter social, tiene necesariamente que relacionarse con los demás⁴³⁶. El único medio de protección de la imagen en sí misma considerada, dentro de este contexto, sería el completo aislamiento o el uso de ropas, indumentarias o utensilios que imposibilitasen ese conocimiento. Por ello, insisto, la imagen, a los efectos de la protección de ese bien jurídico, es la *representación gráfica* del aspecto físico externo de la figura de una persona humana.

Además, la representación gráfica del aspecto físico externo de la figura de la persona humana debe ser *visible y reconocible*⁴³⁷, es decir, que el sujeto deba verse y

⁴³³PASCUAL MEDRANO. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003, p. 63.

⁴³⁴ VERCELLONE, Paolo. *Il diritto sul proprio ritratto*. Torinese Turim, 1959, p. 10-11, *apud* GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)”, *Nueva Enciclopedia...cit.*, p. 304: “Existe la persona con sus rasgos, su fisonomía, sus dimensiones. Esta persona, es decir, su cuerpo, como todos los cuerpos materiales expuestos a la luz, puede ser visto, suscitar en los órganos visuales de otra persona una sensación que naturalmente será distinta cada vez, según la luz existente, el ángulo visual; esto es, según la relación entre la posición del cuerpo visto y el de la persona que se ve; según en fin, el *modo de ver* de esta última persona. Por consiguiente, no se puede decir que exista la imagen de una persona, sino un indefinido número de imágenes todas referidas al mismo cuerpo, tantas imágenes distintas para cada cuerpo cuantas veces ese cuerpo haya sido o sea vista en el futuro por otras personas. Pero, en realidad, tales imágenes no son sino la sensación visual que produce un cuerpo en un momento determinado en los órganos ópticos de otro cuerpo. Mi imagen no es sino la sensación virtual que mi cuerpo produce en el cuerpo de otro; es decir, en sustancia, un estado sensorial momentáneo de un organismo ajeno al mío. Ahora bien; no es correcto hablar de la existencia autónoma de una sensación, al menos en plano jurídico, y, por tanto, es inconcebible la existencia de un derecho sobre ella. Y aun más incorrecto en todo caso resulta decir que sobre la sensación de otro organismo puedo yo pretender derecho alguno. Aun adoptando los posesivos con un significado no técnico- jurídico, la sensación es *suya*, no *mía*, aunque sea mío el cuerpo que se la ha producido”. Se nota que aquí el autor hace referencia a la imagen en sí y no a la *representación* de la imagen.

⁴³⁵ Es necesario explicar que aquí se analiza el concepto del derecho a la propia imagen en las sociedades políticas *democráticas*, que respetan los derechos fundamentales y el valor de la dignidad de la persona humana. Existen ejemplos en otros países, en los que se puede sí evitar que se conozcan la imagen de una persona, como es el caso del uso obligatorio para las mujeres de la *burqa*, o medios/ropas que les impidan enseñar sus rasgos personales.

⁴³⁶ Ya decía KHOLER (J. “A própria imagem no direito”... cit., p. 53) que toda persona tiene que soportar que se hable de ella; toda persona cae, de un modo o de otro, en la publicidad; sea por sus negocios, sea por su profesión, por su función, por su obra literaria, pues nadie ingresa en la vida jurídica libre de choques y de coerciones.

⁴³⁷ GITRAMA, “Derecho a la propia imagen”, *Nueva Enciclopedia...cit.*, p. 305.

pueda ser reconocido. Sin esta peculiaridad, no se podría configurar el concepto de imagen en el sentido al que me vengo refiriendo. Puede no haber unanimidad sobre el planteamiento de que el concepto de la imagen se reduce a la representación *sensible visual del aspecto físico externo* de la figura de la persona humana, pero es cierto que la imagen, en primer lugar, se refiere a una forma o apariencia *visible*⁴³⁸. Además, si es imposible reconocer a una persona concreta, sin necesidad de la intervención de procedimientos técnicos o periciales, esta imagen no resulta significativa para tal derecho individual. Si se trata de una imagen irreconocible, no se está ante *la propia imagen*, careciendo, pues, del objeto específico del derecho⁴³⁹. 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.

No obstante, la utilización de una imagen de una persona tampoco se torna ilícita si, siendo la imagen anónima, el sujeto pueda ser reconocido, pero no *individualizado*. En otras palabras, el sujeto representado puede ser reconocible por un número limitado de personas, pero su imagen no tiene relevancia en el contenido que el *totum* de la publicación (divulgación) quiere emitir. En este caso la imagen del sujeto se queda perdida, difusa entre otras muchas con las que forme un todo; es decir, es lo que la doctrina suele denominar *imagen accesorio*. Alude la imagen accesorio a los hechos o sucesos que son de interés público, y, de forma lógica, será lícita la publicación de imágenes que se capten durante el desarrollo del acontecimiento, aunque en estas se refleje la imagen de las personas que en ellos han participado⁴⁴⁰. Por supuesto, sería imposible pedir el consentimiento de todas y cada una de las personas que asisten a un acto o suceso públicamente relevante, y por consiguiente, al participar de tal hecho, deben estar conscientes que su imagen puede aparecer de forma accesorio. Lo que no puede ocurrir, en este caso, es que la imagen de la persona se convierta en la protagonista de la toma fotográfica, pues así dejaría de ser *accesorio*. Para ilustrar tal postura, es pertinente referirse a un buen ejemplo citado por URÍAS: la imagen de una

⁴³⁸ AZURMENDI ADARRAGA. *op. cit.*, p. 25.

⁴³⁹ PASCUAL MEDRANO. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 65-6.

⁴⁴⁰ ESTRADA ALONSO, E. "El derecho a la imagen en la Ley Orgánica..." cit., p.373.

manifestación o de un partido de fútbol que una empresa utilice con fines publicitarios no se considera vulneración del derecho a la propia imagen de todas las personas cuyos rostros sean reconocibles, en la medida en que el beneficio no se pueda vincular a la imagen concreta e individual de ninguna de esas personas, sino al acontecimiento en sí⁴⁴¹.

Éstos son, en suma, los rasgos ineludibles de la configuración jurídico-constitucional del derecho a la propia imagen: un derecho de la personalidad que tutela la imagen de la persona singular; visible, reconocible e individual. La protección estatal dada a la imagen humana, está vinculada al valor individualizador que tal bien de la personalidad evoca. La imagen *individualiza*; mediante ella, se considera a la persona en sí misma, se determina a alguien concreto, irrepetible, diferente y diferenciable de todos los demás seres humanos, lo que expresa su necesaria individualidad en el entorno social. La imagen también ha de tener un efecto capaz de *reconocimiento* de la persona, pues aparte de la exigencia individual de la individuación, la imagen interviene como un elemento aún más especificador y permite saber a quién corresponde la representación gráfica del aspecto físico externo de la figura humana en forma visible⁴⁴². La *figura humana* se refiere a la persona natural o física, en *forma visible*, es decir, que se pueda ver, y ha de tenerse en cuenta la *recognoscibilidad*, que no exista duda sobre el parecido con el original⁴⁴³. Recae, pues, en la imagen física y lo que se protege es la representación gráfica del aspecto físico externo visible y reconocible de la *figura humana*.

Sin embargo, la autora brasileña ALMEIDA DE TORRES observa que la gran mayoría de empresas tiene una sede social, donde se establece y desarrolla sus actividades comerciales. Las empresas son conocidas por su sede. Añade que, gracias a ese elemento identificador podría reconocerse jurídicamente la existencia de la imagen de la persona jurídica “(...) num sentido amplo e menos técnico, pode-se cogitar a

⁴⁴¹ URÍAS MARTÍNEZ, J.P. *Lecciones de derecho de la información*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 148.

⁴⁴² CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem” em *O Direito*, ano 133, 2001, II - (Abril - Junho), director Inocêncio Galvão Telles. Editora Internacional: Quinta da Vitória, 2001, p. 389-459.

⁴⁴³ ROYO JARA, José. *La protección...cit.*, p.25-29.

extensão da tutela jurídica da imagem à pessoa jurídica, nesses casos em que a publicação da fotografia da sede da empresa seria o suficiente para que ocorresse a sua identificação (...) não seria esta imagem da pessoa jurídica um bem jurídico autônomo, capaz de ser considerado categoria jurídica destacada das demais, dotado de objeto próprio, mas sim um elemento a ser juridicamente protegido. Porém, essa proteção daria-se de forma a que a violação da imagem fosse abrangida pelos outros institutos, como o direito ao nome e à honra da pessoa jurídica, em conformidade com a situação fática em que se concretizou a lesão”⁴⁴⁴. MARIA CECÍLIA NARÉSSI MUNHOZ AFFORNALLI, otra autora de Brasil, ha expuesto las polémicas doctrinales en torno al tema y, citando la teoría de TORRES, sostiene que es imposible admitir la existencia de un derecho a la propia imagen de la persona jurídica, porque se trata de un ente abstracto desprovisto de figura, por lo que falta el soporte material para que pueda extenderse a ella tal derecho. Además, puntualiza que no se concibe que este pretendido derecho exista de manera autónoma frente al derecho al nombre comercial⁴⁴⁵.

En mi opinión, el derecho a la propia imagen no es predicable de las personas morales. La propia autora TORRES, cuando plantea esta tesis, no admite una configuración autónoma de tal imagen de las personas jurídicas, indicando que su tutela estaría ubicada en otros bienes jurídicos. La opinión de que la sede de la empresa puede ser equiparada a la imagen de las personas humanas carece de lógica, dada la posibilidad de que el empresario extinga la persona jurídica y cree otra en la misma sede, aprovechando *in totum* el establecimiento físico de la antigua. Puede ocurrir también 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

⁴⁴⁴ TORRES, Patrícia de Almeida de. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 128.

⁴⁴⁵ AFFORNALLI, M. C. N. M. *Direito à própria imagem ... cit.*, p. 53 – 54.

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 humana⁴⁴⁶. Pese a existir la posibilidad de atribución de algunos derechos de la personalidad a las personas jurídicas, tal extensión resulta inviable cuando se trata del derecho a la propia imagen, cuyo contenido es racionalmente atribuible únicamente a las personas físicas⁴⁴⁷. La imagen que se tutela en este sentido, pues, es indisociable de la persona humana, de modo que la protección a la persona jurídica y sus símbolos representativos estarían insertos en la tutela de patentes y marcas⁴⁴⁸. Quizás pudiera ser defendida la ofensa a la persona jurídica por la protección que se da al honor o al nombre comercial, como la propia TORRES reconoce al final de su exposición⁴⁴⁹.

De hecho, el razonamiento aplicado para rechazar la teoría de la imagen de la persona jurídica tiene que ver con el sentido en que se emplea este concepto inicial de imagen, el cual no incluye cualquier mediación *metafórico-ficticia*⁴⁵⁰. Pese a la anfibología de la palabra *imagen*, al hablar del derecho a la propia imagen, se ha de emplear la acepción técnica de tal vocablo, que alude a la representación o reproducción gráfica del aspecto *físico externo* de la figura humana en forma visible y reconocible⁴⁵¹. La imagen humana, como objeto de protección jurídica, no requiere una *mediación intelectual*, pues ha de haber una relación de inmediatez *visual* entre el modo de la representación y lo que está gráficamente representado⁴⁵². No se puede, por ejemplo,

⁴⁴⁶ ROYO JARA, J. *La protección del derecho...*cit., p. 26.

⁴⁴⁷ *Vid.*: Capítulo I, epígrafe 1.6.2.3

⁴⁴⁸ CARRILLO, Marc. “El derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993; p. 63-90.

⁴⁴⁹ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen...*cit., p. 72. El autor afirma que “no parecen existir obstáculos insalvables para configurar a las personas jurídicas como titulares del derecho al honor, al nombre y a ciertas parcelas de la intimidad personal, mientras que su naturaleza resulta incompatible con el derecho a la propia imagen y a la intimidad familiar”.

⁴⁵⁰ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. “Datos personales y protección del ciudadano” en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, N.º. 87, 1997, págs. 71-98.

⁴⁵¹ GITRAMA GONZÁLEZ, M. “El derecho a la propia imagen, hoy”, en *Libro homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. VI, Madrid, 1990, p. 205. Sin embargo, en la p. 204, el autor afirma: “Reparemos, ante todo, en la actual polisemia o, si se quiere, anfibología del vocablo IMAGEN. Abarca representaciones plásticas o iconográficas (pinturas, dibujo, escultura, fotografía, cine, etc.) a las representaciones o “imaginaciones” psicosociológicas en cuyo sentido se habla de “tener buena imagen” con alusión a fotogenia y sobre todo a prestigio, “*vis atractiva*” (...) campo abonado por los llamados “asesores de imagen”.

⁴⁵² GITRAMA GONZÁLEZ, M. “Imagen (derecho a la propia)” en *Nueva Enciclopedia...*cit., p.304, ROYO JARA, *op. cit.*, p. 26, AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.*, p. 25-26.

insertar en este concepto jurídico de imagen la consideración que de una persona se tiene en el círculo social, económico y político al que pertenece⁴⁵³. La imagen que tiene en cuenta tal derecho no es la “imagen social”, la reputación, la fama, que son objeto de protección por el derecho al *honor*⁴⁵⁴. En este sentido, se afirma que la imagen es la representación gráfica del aspecto físico externo de la figura de la persona humana y se sostiene que no tiene sentido jurídico la imagen que se acepta también en sentido vulgar, consistente en la opinión que se tiene de una persona⁴⁵⁵. Es cierto que en lenguaje cotidiano la imagen tiene dos acepciones: puede aludir tanto a la representación física, como a la consideración mental que causa algo en las demás personas. En este último sentido, la imagen es equivalente al derecho al honor, a la buena o mala reputación y, por tanto, la autonomía del derecho a la propia imagen sólo permite que este bien de la personalidad sea entendido como el *aspecto físico externo* de la persona humana. Se concibe, pues, la imagen como toda evocación singular de una persona referida a su aspecto físico externo, con la independencia del formato en que se presente.

Configurados los rasgos del concepto inicial de imagen, es pertinente puntualizar que AZURMENDI ADARRAGA, cuando se refiere a la cuestión terminológica, considera, con acierto, que el derecho *a la propia* imagen evoca las ideas de individualidad, identidad 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 concreto⁴⁵⁶. 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. A modo de conclusión se podría definir este concepto inicial del derecho a la propia imagen como la protección jurídica que se da a la representación gráfica que se hace, por cualquier medio (tradicional, mecánico, químico, electrónico), de las

⁴⁵³ CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad...*cit., p.94; TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 389-459.

⁴⁵⁴ PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a...*cit., p. 63.

⁴⁵⁵ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” *in Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española*, Vol. 1, 1992, pags. 543-625.

⁴⁵⁶ AZURMENDI ADARRAGA., *op. cit.*, p. 29.

evocaciones y/o expresiones personales visibles del aspecto físico externo que le confieren singularidad (individualidad) y convierten reconocible a la figura (los rasgos) de la persona humana.

No obstante ese concepto inicial, y como aclara PASCUAL QUINTANA, el derecho a la propia imagen adquirió paulatinamente una gran relevancia hasta el punto de debatirse la naturaleza de cada representación singular de la imagen humana. Esto fue así porque el mercado informativo encontró en la imagen un excelente medio de transmisión de ideas y oportunidades⁴⁵⁷. La vertiginosa inserción de la televisión en los hogares ha favorecido la consolidación de este fenómeno convirtiendo la imagen en uno de los más destacados instrumentos de comunicación social. En efecto, es irrefutable percibir que la imagen ha adquirido un valor publicitario en la sociedad contemporánea, no sólo como interés informativo, sino también comercial. La información representa, como advierte RUIZ MIGUEL, un valor de innegable importancia en la sociedad capitalista, pues, en un primer momento, el capitalismo pretende que el Estado mensione sus recursos disponibles y sus bases imponibles; en segundo lugar, calcula los efectos multiplicadores de su inversión; y en la tercera fase, cuando quiere dar salida a las grandes masas de bienes acumulados, el poder y el capital necesitan de la participación de los consumidores y votantes. No sin razón el citado autor plantea esta cuestión, pues la publicidad ha nacido por las exigencias de la Revolución Industrial, que posibilitó la producción en masa y requirió, por tanto, nuevos mercados, de tal forma que la publicidad se unió intrínsecamente a la actividad empresarial⁴⁵⁸. Ante esta realidad, se ha trazado un paralelo entre el mercado económico y el mercado político. El ciudadano sería el consumidor que elegiría dentro de los diferentes partidos y opciones políticas⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ PASCUAL QUINTANA, "El derecho a la propia imagen" en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, Año 1949, p. 140, *apud* HERCE DE LA PRADA, Vicente, *op. cit.* p. 16.

⁴⁵⁸ RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos: Madrid, 1995, p.34. El autor añade que, dada la velocidad y cantidad del exceso de información, puede ocasionar una asfixia informativa, obstando una valoración por el individuo. La saturación informativa produce una inmovilización del sujeto que se hace incapaz de responder racionalmente a tantos estímulos. Para tal acto, se razona que el individuo necesita de la intimidad suficiente que le permita filtrar el flujo informativo, considerar las alternativas y posibles consecuencias, resultando en una actuación ponderada y racional (p.35).

⁴⁵⁹ *Vid.*: CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; IGUARTUA ARREGUI, Fernando; MARTÍN CASALS, Miguel; SALVADOR CODERCH, Pablo; SANTIDIUMENGE FARRÉ, Josep. *El mercado de las ideas*, Pablo Salvador Coderch (director), Josep Civil Espona (coordinador del texto), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

La oferta más solicitada “vencería” en el mercado. La explicación para tal analogía descansa en el hecho de que para una decisión racional, el consumidor-votante necesita del mayor volumen de información posible. Se trata, por tanto, de saber cuáles son los deseos de los ciudadanos-consumidores y cómo se engendran sus procesos de identificación pre consciente. En este tipo de información actúa, vertiginosamente, la publicidad⁴⁶⁰. La información, a su vez, también compone el pilar de la democracia y consiste en conformar la opinión pública⁴⁶¹. La sociedad democrática exige para su pleno y eficaz desarrollo que se ofrezca más libertad a la información. Eso se justifica porque para que el individuo pueda tomar decisiones racionales es necesario que cuente con la mayor información posible y, dado este contexto, se vinculan la democracia y la publicidad informativa. RUIZ MIGUEL menciona que autores como POSNER y STIGLER parten de una aplicación del modelo de mercado para ese estudio. Es un hecho, a su juicio, que las relaciones sociales se basan en la información que los coasociados tienen de aquellos con quienes entran en relación (profesional política, comercial). El intento de establecer ámbitos de confidencialidad supone una búsqueda de trato indiscriminado. Se supone que los demás atribuirían un valor distinto a las prestaciones esperadas de cada uno de los otros en función, entre otras cosas, de la historia personal, pues en el mercado hay que saber lo que se compra y lo que se vende⁴⁶².

En esta línea, el punto relevante que se ha de matizar es el actual y creciente predominio de la información visual sobre la escrita-verbal. Tal hecho se justifica porque la *información visual* llega a la sensibilidad crítica sin obedecer, necesariamente, a las inflexiones del raciocinio. Los efectos de la información visual, 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

⁴⁶⁰ BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 15.

⁴⁶¹ Es coherente el razonamiento de ALFONSO CARLOS SAIZ VALDIVIELSO (“El honor, o la crisis de un derecho fundamental” in *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú* (coordinado por Raúl Morodo e Pedro De Vega), Tomo III, 2002, p. 1911-1927) que admite no ser fácil expresar en términos exactos qué significa opinión pública. No obstante, pondera que la idea de opinión pública va ligada a los efectos sociales de la comunicación masiva.

⁴⁶² RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional...* cit., p. 36.

descenso y el demérito de la racionalidad crítica. Desde esta perspectiva, el predominio 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*⁴⁶³.

Siguiendo este planteamiento, entiende DOMÍNGUEZ GREGORIO que la imagen es una herramienta fundamental en la fabricación de mensajes, pues el lenguaje de las imágenes cumple, en teoría, dos cometidos: verificar visualmente la noticia y añadir nueva información⁴⁶⁴. Con el ya comentado avance tecnológico, los nuevos medios de información y de comunicación permiten un más fácil, rápido y abundante acceso a la información de todo género, de modo que uno de sus principales cauces para esa labor es la divulgación de la imagen de los hechos y de las personas⁴⁶⁵. Efectivamente, el acelerado desarrollo de la publicidad, presente actualmente en todas las actividades en las que confluyen la comunicación y los entes sociales (públicos o privados), ha incrementado y fomentado la generalización del uso comercial de la imagen humana. En esta línea, específicamente para la publicidad comercial privada, se nota la habitualidad de la utilización de modelos, actores, actrices, deportistas, artistas en general para que hagan de su imagen un objeto de atención y presentación de productos, con una finalidad eminentemente persuasiva. Y este uso de la imagen de las personas destinado a tal finalidad ha dado contornos mercantiles para que se efectuara la transmisión de la información publicitaria. Por ello, el otro punto a resaltar en este

⁴⁶³ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra Editora: Coimbra, 2002, p. 754.

⁴⁶⁴ DOMÍNGUEZ GREGORIO, Pablo. "Información y comunicación de masas en las democracias representativas" en <http://www.redcientifica.com/doc/doc200303150300.html>. Sin embargo también son utilizadas para otras funciones más oscuras. Por ejemplo, pueden cambiar el sentido de la noticia. Además puesto que la imagen viene envuelta en una aureola de objetividad, suele lograr una credibilidad bastante acrítica por parte del lector, e imponer su "mensaje". Las personas no suelen ser muy conscientes de que la foto también se construye y se diseña como una expresión más con su propio lenguaje, según planos, iluminación, uso de símbolos y otros tratamientos. A menudo la manipulación procede directamente de efectos fotográficos que son usados para deformar o acomodar de manera expresiva una imagen.

⁴⁶⁵ *Íd.*, afirma que la información siempre está ahí, en una cantidad y forma determinadas. Mientras que la comunicación, la cual muchas veces quiere igualarse a la información, es un concepto cercano a lo humano, a lo cotidiano y ante todo *un proceso*. Es un proceso de moldeado de la información y por lo tanto también un acto de posible tergiversación intencionado.

estudio es la vertiente patrimonial que se ha insertado en el concepto del derecho a la propia imagen.

En efecto, esta nueva utilidad de la imagen impone que su protección jurídica se desarrolle en dos ámbitos distintos: uno positivo (facultad de aprovechamiento de una imagen concreta) y otro negativo (facultad de exclusión, derecho abstracto)⁴⁶⁶. El primero es el derecho a permitir la obtención, la reproducción y la publicación de la figura de la imagen, y el segundo es el derecho de excluir la posibilidad de la obtención o la reproducción y publicación de la propia imagen por un tercero que carece del consentimiento del titular. La convergencia de estos dos contenidos de imagen se percibe claramente en ESTRADA ALONSO, que defiende que tal derecho es la facultad que el Ordenamiento Jurídico concede a la persona para decidir cuándo, por quién y de qué forma pueden ser captados, reproducidos o publicados sus rasgos fisonómicos reconocibles⁴⁶⁷. El contenido negativo del derecho a la propia imagen, pues, sería la facultad de excluir la posibilidad de captación, reproducción, publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, y, por otro lado, el contenido positivo, o sea, la posibilidad de sacar provecho de la figura de la imagen, sería el derecho a que se venda la imagen concreta, que sea usada con su exclusivo consentimiento, en beneficio propio.

Se observa, de este modo, que en el aspecto positivo existe un matiz de publicidad comercial que atribuye la titularidad exclusiva del derecho a permitir el ejercicio de las facultades económicas de explotación de la imagen concreta (la *representación gráfica* de la figura, nunca la imagen humana como tal), por medio de contrato, por tiempo determinado, en que cada utilización queda supeditada al consentimiento de su titular, etc. El derecho al valor publicitario comercial de la imagen sería, entonces, el derecho de toda persona a controlar el uso comercial de la propia imagen y a obtener provecho de los valores publicitarios que haya creado u obtenido de ella. Esta vertiente comercial, explica AMAT LLARI, se incluye en el *right to publicity*

⁴⁶⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "Honor, Intimidad y Propia Imagen en la Jurisprudencia de la sala 1a del Tribunal Supremo" en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 151-205 (p. 194).

⁴⁶⁷ ESTRADA ALONSO, Eduardo. "El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo" en *Actualidad Civil*, N° 25, Semana 18-24 de Junio de 1990 (2), XXV, p.347-364.

en los Estados Unidos y en los países que siguen esta línea doctrinal⁴⁶⁸. Este derecho emergió cuando las personas famosas comenzaron a reclamar lesiones en su *right to privacy* por el uso de su nombre o imagen con fines comerciales. La dificultad en reconocer la actuación del *right to privacy* en estos supuestos motivó que los tribunales estadounidenses, a partir de los años 50, reconocieran el derecho de las personas famosas a ser resarcidas por el uso comercial no consentido de sus *nombres e imágenes*⁴⁶⁹. En los sistemas que adoptan el *right to publicity*⁴⁷⁰, que puede ser concebido como el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales, la doctrina discute sobre si se trata de un derecho de propiedad en sentido estricto o de una propiedad especial sobre un bien inmaterial⁴⁷¹. Esta última postura es la que ha logrado mayores adhesiones, ya que permite reclamar indistintamente daños morales, patrimoniales o ambos. Se ha impuesto, pues, un sistema *dualista* en los Estados Unidos, que ofrece dos tutelas alternativas y diferentes en función de si resultan vulnerados intereses patrimoniales o morales en el derecho a la propia imagen. La protección de la imagen estrictamente “moral” es absorbida por el *right to privacy* y la tutela de la imagen “patrimonial” se defiende a través del *right to publicity*. Esta división de la escuela estadounidense ha proporcionado diversos debates doctrinales sobre el tema, tanto que los autores de muchos países todavía no tienen claro qué hilo conductor seguir para el desarrollo legal del derecho a la propia imagen. Se plantea con ello la cuestión de si aceptar el concepto bipartido de los Estados Unidos, que ofrece una versión claramente patrimonialista de este derecho, u optar por continuar considerando el derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad, con características peculiares. Entiende IGARTUA ARREGUI que lo que se ha de hacer notar, sea cual sea la teoría que se defienda, es que

⁴⁶⁸ AMAT LLARI, Eulalia. *El derecho a la propia imagen...*cit, p. 4.

⁴⁶⁹ BARNETT, S. R. “El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia con el Derecho español”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n. 237, julio-septiembre, 2000, p. 1229-1230.

⁴⁷⁰ LÓPEZ MINGO TOLMO, *op. cit.*, p. 45-6 relata la corriente doctrinal que defiende la idea del *personal merchandising*. Explica que merchandising es la autorización que da el titular de un derecho – marca, propiedad, intelectual o de la personalidad – a otro para la explotación del valor sugestivo de ese derecho, bien como medio publicitario o bien para su utilización como marca a cambio de una contraprestación. Es decir, se trata de un contrato en el que se paga un precio por la utilización de uso de un bien con gancho para vender (*selling power*). El contrato de merchandising que se refiere a los derechos de la personalidad se denominaría *personal merchandising*. Sin embargo, este autor no ve clara la diferencia entre el derecho patrimonial y el derecho de la personalidad.

⁴⁷¹ IGARTUA ARREGUI, F., *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos...* cit., p. 16.

existen dos situaciones jurídicas bien diferenciadas sobre la imagen, una más fundamentada en su protección y otra enfocada hacia su explotación⁴⁷². A su juicio, si hubiera una regulación distinta para esas dos vertientes, se podría aclarar qué régimen jurídico de los derechos de la personalidad sería el aplicable en los supuestos de una indebida utilización de la imagen: la reclamación por enriquecimiento injusto o el cauce de la responsabilidad civil. Además, en cuanto derecho de propiedad sería transmisible, se cedería en exclusiva, no surtiendo todos sus efectos, *in casu*, la facultad de revocación del consentimiento. Cuando menos, se reconoce que se está ante un derecho de la personalidad, pero que posee también un contenido potencialmente patrimonial.

De otro lado, hay países que mantienen una concepción *monista* de protección, en cuanto subsumen las diversas manifestaciones de la imagen en la categoría de los derechos de la personalidad⁴⁷³. Se ofrece una idea de imagen más personalista, entendiéndola como un atributo de la personalidad que no puede ser realmente objeto de comercio, aunque sí pueden serlo las facultades sobre la propia imagen concreta reproducida con el consentimiento del titular. Esta tendencia doctrinal sostiene la opinión de que la explotación comercial no desvirtúa el carácter personalista, pues éste influye y delimita las condiciones de realización del aprovechamiento económico de la imagen humana. Además, se alega que es muy difícil separar los aspectos comerciales de la dimensión moral de la personalidad. Aunque se haga una confusa analogía con el derecho a la propiedad intelectual, el resultado alcanzado no permitiría resolver adecuadamente los problemas que justifican esta construcción jurídica. Según esta corriente, si se admite la inserción del *right to publicity* se hará una enorme restricción de facultades en sede de derechos de la personalidad⁴⁷⁴. La idea que subyace es que la imagen es, ante todo, una manifestación esencial de la personalidad, y el hecho de que se explote comercialmente no anula su carácter personal⁴⁷⁵.

⁴⁷² IGARTUA ARREGUI, F. “El derecho a la imagen en la jurisprudencia española”, en *El Mercado de las ideas*, Pablo SALVADOR CODERCH, dir. Madrid, 1990, p. 322-324.

⁴⁷³ COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica, consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*. Madrid: Trama, 2005, p. 130.

⁴⁷⁴ *Íd.*, p. 139.

⁴⁷⁵ AZURMENDI ADARRAGA, A. *El derecho a la propia imagen...* cit., p. 38.

Planteado este controvertido debate, es forzoso deducir que la protección de la imagen humana habrá siempre de tener en consideración la sociedad en la cual el sistema jurídico se encuadra. No me arriesgaría, pues, a opinar u optar por una u otra concepción de defensa, sin antes aclarar de qué país se está hablando. Como en esta tesis enfoco las normas constitucionales de Portugal, de España y de Brasil, estimo que la corriente *monista* sería la más adecuada, dada la histórica influencia personalista en estos tres sistemas constitucionales. Sin embargo, cuando más adelante se examine la configuración constitucional del concepto del derecho a la propia imagen de cada uno de los citados países, se matizará esta afirmación.

A tenor de lo expuesto, y considerando la actual intensidad que el uso comercial de las representaciones gráficas de la imagen humana ha adquirido, tales ideas me llevan a configurar el concepto inicial del derecho a la propia imagen como la facultad de aprovechar (positiva) o de excluir (negativa) la posibilidad de la representación (la captación, la reproducción, la publicación) gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana.

2.3 Digresiones conceptuales

Como el derecho a la propia imagen es un concepto recientemente elaborado (y todavía no definitivamente asentado), aún hoy se suscitan intensos debates doctrinales sobre su contenido. Algunos versan sobre el radio de acción de la identificación a que la imagen conduce y otros sobre los signos distintivos que se deben proteger en aras del derecho patrimonial de la propia imagen. A estos debates dedicaré las páginas que siguen, a fin de intentar delimitar el concepto inicial del que me vengo ocupando.

Apunta RUIZ Y TOMÁS que una de las primeras digresiones acerca de la imagen atañe a su materialidad o inmaterialidad, es decir, si es un bien corpóreo o no lo es⁴⁷⁶. En Italia, una corriente doctrinal ha defendido que la imagen sería un “*quid*

⁴⁷⁶ RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, p. 48.

corpóreo y material que no resultaba simplemente de un sistema de colores, rasgos y sombras, sino de un complejo de huesos, músculos, nervios de cuya particular disposición resulta la fisonomía”⁴⁷⁷. Sobre esta idea, RUIZ Y TOMÁS sostiene que verdaderamente hay en la imagen un aspecto corpóreo y que es evidente que la envoltura del cuerpo debe participar de la naturaleza de éste. Sin embargo, se inclina el citado autor por la otra doctrina, que considera la imagen como un bien inmaterial, pues entiende que hay en la imagen un aspecto corpóreo y otro espiritual, y que los factores psíquicos dan la explicación de la diferente sustancia de la imagen respecto al cuerpo⁴⁷⁸.

En realidad, la imagen que se está estudiando no puede ser confundida con el cuerpo humano propiamente dicho, pues la protección al cuerpo humano se da por la tutela de la integridad física corporal⁴⁷⁹. La inmaterialidad de la imagen está justificada por la *individualidad* y la *reconoscibilidad*, que son imprescindibles para su configuración jurídica⁴⁸⁰. La materialidad de la imagen, protegida por el Derecho, es la posibilidad de su captación, fijación, reproducción y difusión. Por ello se ha afirmado que lo que se protege es la *representación gráfica* de este aspecto físico externo que hace reconocible la persona humana. A juicio de AZURMENDI ADARRAGA, cuando se afirma que la imagen humana es una representación sensible, se está haciendo hincapié en que la imagen no es una abstracción, sino una entidad concreta que tiene la cualidad de ser captada por los sentidos⁴⁸¹. En este sentido, CLÁUDIA TRABUCO afirma que “imagem é a projecção externa da pessoa, representando por isso um rasgo da personalidade. A mensagem visual contida na imagem realiza-se através da *representação material dos aspectos imateriais da personalidade*, sendo por isso legítimo afirmar que, não se confundindo com a personalidade é, não obstante, um dos seus veículos mais directos de expressão⁴⁸²”. Empero, en mi opinión, la afirmación de que la imagen es una comunicación que se realiza mediante la representación material

⁴⁷⁷ FERRARA, F. *Trattato di Diritto civile italiano*, vol I, p. 408, Roma, 1921. Seguido por ROMANELLI y CAMPOGRANDE, citados por RUIZ Y TOMÁS, *Ibid.*

⁴⁷⁸ Afirma RUIZ Y TOMÁS (*Ibid.*) que Von Blume plantea esta tesis de que “la imagen de mi cuerpo no la poseo yo, sino mi espejo, la negativa fotográfica, el ojo que me mira. Por consiguiente, no se puede decir que sea parte de mi cuerpo, pero sí que éste, funcionando como reflector de la luz, coopera a la formación de la imagen”.

⁴⁷⁹ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.5

⁴⁸⁰ *Vid.*: Epígrafe anterior.

⁴⁸¹ AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.*, p. 24 y ss.

⁴⁸² TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”... *cit.*, p. 400 y AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.*, p. 20.

de los *aspectos inmateriales* de la personalidad que tiene la cualidad de ser captada por *los sentidos*, abre un campo muy amplio de interpretación respecto a su concepto. Las expresiones “*aspectos inmateriales* de la personalidad” y “los sentidos” pueden dar cabida a la *mediación intelectual* en la configuración del derecho a la propia imagen, por incluir aspectos de la figura humana *no visibles*. Para que no quedaran dudas sobre esta controversia, considero más adecuado afirmar que la imagen es la representación gráfica *material* de los aspectos *visuales-cognitivos inmateriales* de la personalidad.

Se ha discutido igualmente sobre si la imagen se reduce únicamente al aspecto físico visual exterior de la persona o no. Se ha dicho que la imagen también comprende los gestos y las expresiones dinámicas de la personalidad, no estando limitada, pues, a las expresiones faciales. RUIZ Y TOMÁS ha defendido que el contenido de la imagen no se agota en las líneas de la *facies*, pues cabe la posibilidad de que la persona puede ser reconocida por formas y detalles de las *otras partes del cuerpo*⁴⁸³, concepción que se ha convertido actualmente en la mayoritaria⁴⁸⁴. Adoptando un enfoque más

⁴⁸³ RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁸⁴ En este sentido conferir: GITRAMA GONZÁLEZ, M. “Imagen (derecho a la propia)” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix XI*, Barcelona, 1962, p. 301-376; O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” in *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española*, Vol. 1, 1992, pags. 543-625. MORAES, Walter. “Direito à própria imagem (I)” in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 443, set. 1972, p. 64-81; CIFUENTES, S. *Derechos Personalísimos* (2ª ed. act. y ampl.). Astrea: Buenos Aires, 1995, p. 506; CARRILLO LÓPEZ, Marc. “El derecho a la propia imagen del Art. 18.1 de la CE” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993; p. 74; AMAT LLARI, Eulalia. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. La Ley: Madrid, 1992; IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Editorial Tecnos S. A., Madrid: 1991; ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen*. Editorial Tecnos: Madrid, 1997; PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003; LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. *El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices – publicitarios*. Vision Net: Madrid, 2005, p. 23; CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*. Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995; COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica, consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*. Madrid: Trama, 2005; DINIZ, Maria Helena. “Direito à imagem e a sua tutela” in *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.79-106; AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem: a posição do novo código civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002), o direito à imagem e a atuação da mídia, o dano à imagem e sua reparação, principais defesas opostas, jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2003; ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção constitucional da própria imagem pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1989; BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002; BERTI, Silma Mendes.

patrimonialista, IGARTUA ARREGUI matiza que en los Estados Unidos, en el caso *Cohen vs Herbal Concepts*, el Tribunal decidió que no era necesaria una representación facial identificable para que se esté ante el concepto de *portrait or picture*, de suerte que apreció que la responsabilidad por uso ilegítimo de la imagen⁴⁸⁵. Los tribunales norteamericanos entienden que lo que se protege es la *identidad personal* y que ésta puede ser expresada de diferentes formas, siendo la representación facial tan sólo una de ellas⁴⁸⁶. En líneas generales, la idea principal es que no sólo la representación facial implica identificabilidad, ya que se incluye también en la protección del *right to publicity* el reconocimiento a través del contexto de la publicación y el recuerdo de otras publicaciones o conocimientos anteriores sobre esa persona. Además, esta corriente estrictamente patrimonialista sostiene que existe una tendencia a considerar identificado al personaje por la divulgación de la imagen de los objetos que se asocian normalmente a una persona. En determinados casos puede identificarse al titular a través de su coche, de su perro, de su estilo de moverse, de una frase, de su biografía, de su apodo⁴⁸⁷. No obstante, no basta por sí sola la imagen del objeto para hablar de imagen de la persona, pero si la persona figura en la fotografía, aunque no sea reconocible directamente, junto a esos objetos que la hacen visible, reconocible, individual, sí puede considerarse el conjunto como imagen de la persona, siendo aquellos objetos meras ayudas para la

Direito à própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1993; CHAVES, Antônio. “Direito a própria imagem” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.67, 1972, p.45-75; DIAS, Jacqueline Sarmiento. *O Direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988, FACHIN, Zulmar Antonio. *A Proteção Jurídica da Imagem* (prefácio de René Ariel Dotti). São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999; LIMA, Arnaldo Siqueira de. *O direito a imagem: proteção jurídica e limites de violação*. Brasília: Universa, 2003; SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002; SILVA Junior, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores, socialites*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002; TORRES, Patrícia de Almeida de. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Ltr, 1998; CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005; CHAMBEL, Élia Marina Pereira. “A videovigilância e o direito à imagem” em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Almedina: Coimbra, 2004, p. 503-531; MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra Editora: Coimbra, 2002; TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem” em *O Direito*, ano 133, 2001, II - (Abril - Junho), director Inocêncio Galvão Telles. Editora Internacional: Quinta da Vitória, 2001, p. 389-459.

⁴⁸⁵ IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen...*cit, p. 23. El libro se concentra en la práctica de los tribunales de los Estados Unidos de América donde se ha planteado el mayor número de supuestos de apropiación ajena de los signos identificativos de la persona.

⁴⁸⁶ En el mismo sentido *vid.*: AMAT LLARI, E. *El derecho a la propia imagen y su valor...* cit., p. 14.

⁴⁸⁷ *Íd.*, p. 15.

identificación. Añade IGARTUA ARREGUI que se han decidido en el ámbito de la apropiación comercial de la imagen muchos casos en los cuales los requisitos de la reconocibilidad se reducen, pues, a veces, para que se invoque el *right to publicity*, no hace falta que el sujeto figure en la fotografía junto con los objetos que le pertenecen, sino que basta que éstos objetos se utilicen en un contexto evocador del sujeto que se pretende representar para que exista su imagen⁴⁸⁸. Sin embargo, se ha de estar alerta, cuando se está ante la mera identificación por el propio afectado, pues existe la necesidad de que terceras personas puedan hacer el reconocimiento del titular, para evaluar si hubo o no vulneración del derecho a la propia imagen. Si se está ante la reproducción de las partes del cuerpo de una persona, en las que se refleja una característica especial o única, y si realmente se trata de un signo distintivo especial, cabrá decir que se trata de una forma de identificación suficiente⁴⁸⁹. Pero si únicamente la parte afectada lo reconoce, debe entenderse como providencia esencial la posibilidad de que terceras personas procedan a esa identificación⁴⁹⁰. A la luz de estas observaciones, cabe inferir que en la escuela anglosajona se protege, por vía del *right to publicity*, a la persona frente a todo género de intromisiones que permitan reconocerla, aunque no se utilicen rasgos esenciales de su *figura humana* o los medios empleados no permitan su identificación directa, pues basta el uso asociativo con la *identidad*, entendida en sentido amplio. En la postura de los tribunales estadounidenses, para la protección reforzada que se da al *right to publicity*, se suelen distinguir cuatro categorías de usos identificativos: a) los que facilitan un *reconocimiento directo* de la persona; b) los que permiten un *reconocimiento indirecto o ayudado*, dentro de los que hay que diferenciar: b.1) los casos de *ayuda directa a la identificación*, cuando junto a una imagen no reconocible aparecen objetos que facilitan su identificación por el público,

⁴⁸⁸ IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen...* cit., p. 26-27.

⁴⁸⁹ El autor resalta que McCARTHY señala dos formas de identificación: 1) identificación no ayudada: que significa la habilidad de una razonable persona media de identificar al demandante viendo únicamente el uso de la imagen que hace el demandado. Esta identificación se realiza mediante una comparación mental entre la memoria o recuerdo que se tiene de un sujeto y la imagen que constituye el uso del demandado; 2) identificación ayudada: significa que si es capaz de identificar al demandante cuando se ve simultáneamente a éste (o una de sus imágenes) y la imagen usada por el demandado. Sustenta que la prueba de identificación debe de ser diferente, según se trate de la imagen de personas conocidas o no. En el primer caso, debe seguirse el sistema de identificación no ayudada y en el segundo caso la identificación ayudada (pues el otro sistema sería demasiado favorable a los intereses de los demandantes).

⁴⁹⁰ Así lo afirman también, como informa el referido autor, los tribunales de la República Federal Alemana en la sentencia OLG Frankfurt de 28-2-86 MDR 8/1986, 672.

b.2) los de *ayuda indirecta a la identificación*, esto es, cuando la imagen de la persona no aparece, pero el público la asocia debido a la exhibición de objetos que le son muy próximos y conforman un contexto evocador de su persona⁴⁹¹.

Desde otra perspectiva, en un artículo científico titulado *El derecho a la imagen de las cosas propias*, el autor argentino LEIVA FERNANDEZ analiza la jurisprudencia y legislación francesa, y enumera varios casos en los que la tutela jurídica de la imagen aparentemente sirve para proteger las *cosas* del titular⁴⁹². El primer supuesto sería la reproducción de la imagen de la cosa que afecta a la vida privada de su propietario, de modo que la publicación de la fotografía vulneraría la *vida privada* del titular por la revelación de hechos que tienen el carácter de *íntimos*. El segundo caso es la reproducción de la imagen de la cosa que ofende a otro derecho de la personalidad del titular, así por ejemplo el derecho al honor. El tercer tipo de protección se invoca cuando la reproducción de la imagen de la cosa obstaculiza su uso o disfrute por el propietario. Se ha de inferir que todos los ejemplos ofrecidos por el este autor no inciden sobre el derecho a la propia imagen *per se*, pues los casos ilustrados aluden a la intimidad, el honor y la propiedad del titular, no al derecho a la propia imagen de las *cosas*. Esta es la línea común que iguala a todos los supuestos mencionados en el artículo, pues el estudio se centra, exclusivamente, en la conexión del derecho a la propia imagen con otros derechos, no en su reconocida autonomía, de la que me ocuparé más adelante. En este sentido, ROYO JARA excluye la imagen de las cosas de la protección jurídica que ofrece de tal derecho, pues el propietario de un bien (mueble o inmueble) no puede impedir que la imagen de ese bien sea captada. No existe un derecho de protección a la imagen de las cosas, como extensión del derecho a la propia imagen. Esta tutela es distinta y podrá ampararse en otros derechos, como el derecho de propiedad intelectual, o la inviolabilidad de domicilio, en el caso de que esos bienes estén delimitados⁴⁹³.

⁴⁹¹ COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica...*, cit., p.112.

⁴⁹² LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. "El derecho a la imagen de las cosas propias" en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 2, 2007, p. 215-236.

⁴⁹³ ROYO JARA, *La protección del derecho...* cit. p. 26.

En este punto, admito que no se ha de ignorar el reconocimiento del valor publicitario de la imagen, como ya se ha planteado en el apartado precedente. Atendiendo, de modo principal, a los reclamos capitalistas, la publicidad comercial ha adquirido una enorme importancia, lo que hizo que los tribunales estadounidenses se preocupasen de tutelar, bajo el instrumento del *right to publicity*, un mayor número de evocaciones, incluyendo en este radio los objetos, siempre que confieran singularidad e individualidad a un sujeto concreto⁴⁹⁴. No obstante, como se ha dicho anteriormente, la configuración conceptual del derecho a la propia imagen de Brasil está conectada con el estudio de los sistemas constitucionales de Portugal y de España, en los cuales prima una concepción más personalista de tal derecho⁴⁹⁵. Podría encuadrarse, pues, la protección de tales objetos evocadores de la persona humana en la tutela jurídica que se da a otros institutos, tales como sugiere ROYO JARA o AMAT LLARI⁴⁹⁶ (principalmente la normativa referente a la propiedad intelectual), y también, añadido en la legislación de cada país sobre las marcas⁴⁹⁷.

No obstante esta exclusión de las *cosas* vinculadas a la persona, ateniéndose a las evocaciones dinámicas que configuran jurídicamente el derecho a la propia imagen, WALTER MORAES (1972) afirma que toda expresión formal y sensible de la personalidad es imagen para el Derecho⁴⁹⁸. Se infiere de esta postura doctrinal que se considera imagen todo lo que exprese la exteriorización de la personalidad humana. Esta afirmación ofrece una apertura conceptual que permite la inclusión de la voz y del nombre en el derecho a la propia imagen. Es usual que se incluyan tales características

⁴⁹⁴ La publicidad informativa también es necesaria y connatural a la democracia. La publicidad puramente comercial, atiende a exigencias económicas sociales (y por qué no también democráticas) que a veces sobresaltan los parámetros medios idóneos cuando se insertan mensajes sublimares de coerción (aquí sí antidemocráticas).

⁴⁹⁵ Vid: Introducción

⁴⁹⁶ AMAT LLARI, E. *El derecho a la propia imagen* ...cit. p. 16. Al analizar los casos estadounidenses de identificabilidad de personas por las cosas, defiende que “nos pueden ser de utilidad los principios que la doctrina aplica al caso del derecho de autor para decidir cuándo puede considerarse que una obra ha sido copiada”.

⁴⁹⁷ En España se acude a la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y el ya algunas veces modificado Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. En Portugal, se citan como leyes que regulan la materia el “Código da Propriedade Industrial (CPI) - Decreto-Lei n.º36/2003, de 5 de Março”, el ya alterado “Código dos Direitos de autor e dos Direitos Conexos (CDADC) - Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março”. Los portugueses pueden incluso registrar una marca a través de la página web www.inpi.pt. En Brasil se suele invocar la “Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996 (Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial)” y la “Lei Nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências)” para el amparo de este tipo de situaciones.

⁴⁹⁸ MORAES, Walter. “Direito à própria imagem (I)...cit., p. 64.

personales en el contenido de la propia imagen, pues, afirma el autor, también esos bienes jurídicos son elementos de identificación personal⁴⁹⁹. Defiende MORAES la adopción, por tanto, de una posición flexible y abierta del concepto del derecho a la propia imagen. En esta dirección, recuerda RUIZ Y TOMÁS (1931) que ya DEL VECCHIO (1921) otorgaba protección legal a esos derechos, e informa que en Alemania se planteó la aplicación, por analogía, de las normas protectoras del nombre, insertas en el Código Civil, al derecho a la propia imagen⁵⁰⁰. Y es que si la personalidad era objeto de un reconocimiento especial por el ordenamiento jurídico, en cuanto confería un derecho al nombre, el derecho a la propia imagen debería cubrir su tutela⁵⁰¹. Afirma RUIZ Y TOMÁS que el nombre, en un sentido amplio, tiene por objetivo identificar de manera cierta a un determinado individuo, y que, por este motivo, se podría comparar el nombre a la imagen. Se podría, pues, organizar una misma tutela para tales derechos.

En sentido contrario, AZURMENDI ADARRAGA (1997) excluye la voz del contenido de la imagen humana, planteando que se trata de un mero instrumento de comunicación verbal y que se modifica de acuerdo con la situación y los hechos que el individuo pretende expresar verbalmente⁵⁰². Sostiene que tanto la voz como la imagen constituyen una manifestación sensible de la personalidad y son, a la vez, medio de comunicación y comunicación en sí mismas. Además, en las dos se distingue un aspecto material e inmaterial y una aptitud para ser grabadas, reproducidas, difundidas, manipuladas, sobresaliendo el potencial patrimonial. En la misma línea, AZURMENDI

⁴⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de derecho privado*, VII, 738, vol. 2, p. 53, 6, p. 59 etc., Borsoi, rio de janeiro, 1956, *apud* MORAES, W. “O direito à própria imagem (I)... cit., p. 65.

⁵⁰⁰ RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, p. 65: la obra que menciona de GIORGIO DEL VECCHIO es: “Sui principi generali del diritto”, S. Tipografico Modenese, 1921, Modena, n. 7, pág. 41. En el mismo sentido, resalta el autor que FADDA Y BENSÀ supuso que la imagen sería un desarrollo del derecho sobre el cuerpo, mientras que el nombre sería la plasmación del derecho sobre la propia persona en general. RICCA BARBERIS (“Sul contenuto del diritto al nome e del diritto all’immagine”, Extracto de la Corte de Apelación. Ed. Lubrano, Napoli, 1905) defiende una tutela diferenciada y autónoma de la imagen frente al derecho al nombre.

⁵⁰¹ Como informa CASTÁN TOBEÑAS (José. *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo I...*cit., p. 133) entre los pueblos primitivos, el nombre fue único e individual: cada persona sólo tenía uno, y no lo transmitía a sus descendientes. En Roma, por el contrario, se componía el nombre de tres elementos: el *praenomen*, equivalente al actual nombre de pila; el *nomen / gentilitium*: llevado por todos los miembros de la *gens* y el *cognomen*, al principio personal y después hereditario, que designaba las distintas ramas de una misma *gens*. En la Edad Media se volvieron a usar los nombres individuales, pero como esto diera lugar a muchas confusiones entre las personas que tenían el mismo nombre, reaparecieron los nombres dobles, y el segundo de ellos llegó a hacerse hereditario, convirtiéndose así en nombre de familia.

⁵⁰² AZURMENDI ADARRAGA. *op. cit.*, p.39- 43.

ADARRAGA no entiende que el nombre sea incluido en el concepto de imagen, pues se adscribe al ámbito de lo *intelectual-discursivo*, y la imagen se sitúa en el *visual-sensitivo*; y a estos peculiares modos de ser, les han de corresponder unas también específicas formas de protección. Con la imagen, los rasgos personales del sujeto individual se plasman de forma inmediata, directa; en cambio, el nombre sigue un proceso distinto, próximo a la representación conceptual, pues la referencia a la personalidad concreta se produce como conclusión de una actividad lógica, de carácter abstracto.

En Portugal, la tutela de voz está constitucionalmente protegida desde que se insertó el “*direito à palavra*” en el artículo 26.1 de la CRP, en la revisión de 1989. El derecho al nombre y el derecho al pseudónimo están positivados en el Código Civil; respectivamente, en los artículos 72 y 74⁵⁰³. En el ordenamiento jurídico portugués existe, por tanto, una disociación de tales bienes jurídicos, voz y nombre, de la imagen, de modo que han adquirido formas y conceptos autónomos. En Brasil, aunque dentro de un contexto de derechos de autor, existe una protección constitucional de la voz en el artículo 5º, inciso XXVIII, “a”, y en cuanto al nombre (y al pseudónimo), el Código Civil de 2002 le ha dedicado los artículos 16, 17, 18 y 19⁵⁰⁴. En España, apunta LÓPEZ MINGO TOLMO que todos aquellos rasgos corporales que puedan ser utilizados por un tercero, con cualquier finalidad y a través de los cuales se pueda reconocer a la persona concreta merecen protección⁵⁰⁵. Además del rostro, cualquier parte del cuerpo que por sus peculiares características sirva para identificar a la persona a la que pertenecen. Por

⁵⁰³ En la Constitución Portuguesa de 1982: “Artigo 26º (Outros direitos pessoais) 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à *palavra*, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. En el Código Civil de 1966: “Artigo 72º (Direito ao nome) 1. Toda a pessoa tem direito a usar o seu nome, completo ou abreviado, e a opor-se a que outrem o use ilicitamente para sua identificação ou outros fins. 2. O titular do nome não pode, todavia, especialmente no exercício de uma actividade profissional, usá-lo de modo a prejudicar os interesses de quem tiver nome total ou parcialmente idêntico; nestes casos, o tribunal decretará as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito” y el “Artigo 74º (Pseudónimo): O pseudónimo, quando tenha notoriedade, goza da protecção conferida ao próprio nome”.

⁵⁰⁴ “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”.

⁵⁰⁵ LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. *El derecho a la propia imagen de los modelos...* cit, p.23.

otra parte, parece que la legislación española⁵⁰⁶ ha aceptado la apertura conceptual, como sostiene O'CALLAGHAN, de que la voz no es, ciertamente, una imagen de la persona, aunque sin duda tenga un valor individualizador de la misma⁵⁰⁷. Se trata de una especificación del derecho a la propia imagen en la que debe incluirse no sólo la voz auténtica, sino la imitación de la misma. También el *nombre* tiene un valor individualizador de la persona, pero no está comprendido por el concepto de imagen, pese a lo cual la Ley Orgánica 1/1982 lo incluye en la protección del derecho de la misma, ampliando así su concepto⁵⁰⁸. En la misma línea, CREVILLÉN SÁNCHEZ admite que la Ley amplía el concepto de imagen incluyendo aspectos que no encajan en su sentido estricto, como son el nombre y la voz, pudiendo encontrarse una explicación a este criterio legal en que tomar la imagen como apariencia o figura puede *confundir o hacer pensar* al público que se trata de una persona concreta⁵⁰⁹. ALEGRE MARTÍNEZ también es partidario de esta corriente⁵¹⁰, y aduce que la voz, como la propia imagen, es un instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento del individuo⁵¹¹.

⁵⁰⁶ art. 7.6 de la Ley Orgánica de 5 de Mayo de 1982.

⁵⁰⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen... cit., p. 543-625.

⁵⁰⁸ Sentencia del T.S. de 5 de octubre de 1989.

⁵⁰⁹ CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad...*cit., p. 96.

⁵¹⁰ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen...*cit., p.85, opina que: "Ciertamente, la voz no sería un elemento tan imprescindible como la imagen para la identificación de la persona (de hecho, si bien todas las personas tienen *imagen*, hay personas a las que no resulta posible hablar). Aún así, las personas sordomudas tendrían voz en sentido amplio, ya que su voz serían sus gestos. Con lo cual, la vinculación con el derecho a la propia imagen es aún más estrecha, ya que para oír a esa persona, es necesario ver, captar, sus gestos. (...) aunque el artículo 7.6 de la Ley Orgánica distingue entre voz e imagen, entendiendo ésta por tanto en sentido estricto, creemos que de una interpretación extensiva del art. 18.1 de la Constitución cabe deducir el *derecho a la propia voz* (...) protegería contra toda difusión in consentida de la voz, o contra manipulaciones técnicas de grabaciones, que hagan variar el sentido, la entonación o el contexto de las afirmaciones vertidas por el sujeto al que se graba".

⁵¹¹ Defiende VERDA Y BEAMONTE (José Ramón de. "Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 2007, p. 1390-1402) la existencia de un derecho de la personalidad a la propia voz en el n. 6, del art. 7 de la Ley Orgánica 1/982. La voz, según plantea, merece ser protegida por un específico derecho de la personalidad, en tanto que constituye un elemento de identificación de la persona distinto de la imagen. No se trataría, pues, de un derecho de propiedad intelectual sobre las obras del ingenio, sino de un verdadero derecho a la personalidad, que concede a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, entendida ésta como atributo de su personalidad, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitador con la de una persona perfectamente identificable.

Considero prudente, pero no técnicamente afortunada la postura de la legislación española. Tanto la voz como el nombre, para que no quedaran sin una tutela jurídica efectiva, fueron incluidos en un impropio concepto abierto del derecho a la propia imagen. En este caso, el interés jurídicamente tutelado es, evidentemente, diverso; y se resuelve, pura y simplemente, en el hecho de que, igual que el nombre constituye el presupuesto para la identificación *jurídica* del sujeto, y la voz permite la identificación *audio-sensitiva*, la imagen constituye el presupuesto para el reconocimiento *visual-físico*. Es claro que el nombre y la voz no pueden ser considerados estrictamente como imagen, sin embargo, encajan en la protección de la imagen española no sólo la voz y el nombre, sino los atributos más característicos propios e inmediatos de la persona. Esta línea es, por lo demás, la que sigue el Tribunal Constitucional Español al razonar, en la STC 117 de 25 de abril de 1994 (FJ3), que “el derecho a la propia imagen garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”. Como resalta PASCUAL MEDRANO, podría afirmarse que en España el derecho fundamental a la propia imagen comprende la imagen *stricto sensu* que sería la representación gráfica de la figura humana, pero también comprende la voz y el nombre de las personas, si bien es conveniente distinguir el contenido del derecho en cada caso⁵¹². Esta concepción de imagen se acerca, de modo tendencial, al concepto estadounidense del *right to publicity*, que protege en su esencia, como exponen IGARTUA ARREGUI y AMAT LLARI, la identidad personal y no específicamente la imagen entendida como representación gráfica del *aspecto físico externo* de la persona humana. Empero, es evidente que el sistema dualista norteamericano no se da la preocupación personalista que siempre ha caracterizado a los sistemas constitucionales de los países de la Península Ibérica. La evolución democrático-jurídica de los derechos de la personalidad, analizada cuando se ha estudiado la división de tales derechos, requiere que su tutela sea distinta, a medida en que éstos derechos se van afirmando ante las necesidades sociales. Sería más coherente, por supuesto, que el legislador español hubiera también regulado una protección específica y autónoma del nombre y la voz de la persona humana, pues tales bienes de la personalidad tienen objetos jurídicos

⁵¹² PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit, p.62-3.

distintos y difieren del *aspecto físico externo* de la persona humana, que es el objeto del derecho a la propia imagen. Del modo en que están insertos en la legislación española, tales derechos siguen un camino semejante al que el derecho a la propia imagen siguió, cuando hubo de integrarse en la protección de otros bienes jurídicos, tal y como se analizará en el apartado dedicado a su autonomía⁵¹³. Estimo, pues, que con la Ley Orgánica española 1/1982, de 5 de mayo, se perdió la oportunidad de independizar los derechos al nombre y a la voz, además de delimitar con más precisión el derecho a la propia imagen, descartando la confusión conceptual y jurídica que todavía cabe apreciar.

A partir de cuanto antecede, cabría interrogarse, igualmente, por la inclusión de otras formas figurativas en la imagen. Así: a) la imagen dactilar, b) el retrato hablado; c) el retrato literario d) la caricatura. No me parece coherente que el retrato hablado, la imagen dactilar y el retrato literario caigan dentro de ese concepto de imagen, porque carecen de los elementos (reconoscibilidad, visibilidad e individualidad) que se requieren para ello. En efecto, únicamente cuando concurre la percepción de los particulares rasgos individualizadores e identificadores de una imagen humana, ésta adquiere entidad como representación en forma visible de la figura de una persona concreta y, consecuentemente, sólo entonces se puede hablar de la imagen como objeto del derecho⁵¹⁴. La imagen dactilar, como matiza ROYO JARA, es el método dactiloscópico más efectivo de identificación de una persona, por los caracteres de inalterabilidad y diversidad que poseen las *huellas digitales*. Sin embargo, no se integra en el contenido de imagen⁵¹⁵. El retrato hablado, como medio de identificación de delincuentes, no transmite la individualidad que el derecho a la propia imagen requiere, anulando cualquier posibilidad de inclusión en dicha tutela. Con relación al retrato literario, “uma descrição do retrato de alguém, por meio da palavra escrita, por mais vívido que possa parecer, não apresenta a relação de imediatez necessária entre a descrição ou representação e o seu objeto para que estejamos autorizados a falar verdadeiramente de uma imagem no sentido que aqui nos interessa⁵¹⁶”.

⁵¹³ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.5 y ss.

⁵¹⁴ AZURMENDI ADARRAGA, A. *op. cit.* p. 28.

⁵¹⁵ ROYO JARA, J. *La protección del derecho ... cit.*, p. 26.

⁵¹⁶ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p.398.

Por el contrario, la caricatura ha sido desde el comienzo un tipo de representación exagerada de unos personajes o de unos hechos con el fin de poder transmitir un mensaje, una idea, la mayoría de las veces sarcástica, sobre una cuestión determinada. Como relata MACHADO, “esta forma de discurso tem uma longa e extremamente significativa tradição publicística, tendo os seus antecedentes remotos no antigo regime, nos panfletos caricaturais, satíricos e pornográficos utilizados, um pouco por toda a Europa, como instrumento de ataque político-religioso e exposição pública da hipocrisia e da corrupção da corte, do clero e da nobreza⁵¹⁷”. Acompañó y acompaña a los hechos políticos y religiosos, graves o frívolos⁵¹⁸. La caricatura es hoy un recurso habitual, sobre todo en los medios impresos, para ilustrar en clave de humor determinadas informaciones que afectan a los citados personajes y, en especial, para enjuiciarlos, criticarlos o valorarlos⁵¹⁹, de modo que se ha convertido de una realidad cuyo contenido está muy relacionado con el contexto sociocultural⁵²⁰. Tanto es así que hay quien considera la caricatura como una crítica, paradójica, parcial, irrespetuosa, incluso aquélla que tenga por objeto el humor benévolo o la risa fugaz, distinguiéndola de esa otra con la que se pretende ultrajar directamente a la persona así dibujada, y también aquélla que tiene por finalidad el uso publicitario, comercial o de naturaleza análoga⁵²¹. Pero lo decisivo es que en la caricatura sí se está ante la *representación gráfica de la figura humana*, y se cumplen, por tanto, los requisitos inmateriales (recongnoscibilidad, individualidad y visibilidad) y materiales que se exigen para su inclusión en el derecho a la propia imagen.

⁵¹⁷ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...cit.*, p. 828.

⁵¹⁸ <http://clio.rediris.es/arte/caricaturas/caricatura.htm> (acceso el 30 de enero de 2008).

⁵¹⁹ PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen... cit.*, p. 149.

⁵²⁰ CARRILLO, Marc. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental” en *Revista Jurídica de Asturias*, n.18, 1994, p. 07-30.

⁵²¹ ROYO JARA, J. *La protección...cit.*, p. 167-170.

2.4 Características

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

En principio, se ha de deducir que el derecho a la propia imagen es un derecho *innato*, pues, como integrante del grupo de los derechos de la personalidad, su adquisición no está condicionada a un expreso reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico. La imagen surge con la personalidad⁵²² y, por consiguiente, su configuración jurídica nace con la persona, siendo innecesario cualquier acto jurídico para su integración en los derechos de la persona⁵²³. La ausencia de acto jurídico para la adquisición de tal derecho también sirve de base para la afirmación de que es un derecho *absoluto*, pues el derecho a la propia imagen impone un deber general de abstención *erga omnes*, es decir, no necesita de una pre-relación jurídica para que las otras personas lo respeten. Es un derecho oponible indistintamente a cualquier persona; está inserto en la categoría de los *absolute Rechte*⁵²⁴. Esta característica, ya explicada en el capítulo precedente, se hace presente en todos los derechos de la personalidad, sin embargo, como he dicho antes, conviene recordar que este carácter absoluto no implica decir que es un derecho ilimitado.

Siendo la figura, la fisonomía, inherente a la persona, la imagen es *indisponible*, *irrenunciable*, *inalienable* y *extrapatrimonial*. No existe la posibilidad fáctica ni jurídica de que una persona simplemente disponga, renuncie, aliene o venda sus *facies* o cualquier evocación o expresión personal del aspecto físico externo que la exteriorice. Este razonamiento es congruente con la misma idea de la individualidad de cada ser humano, pues no hay posibilidad, voluntaria o naturalmente, de deshacer esta

⁵²² MORAES, WALTER. “Direito à própria imagem (II)” in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 444, out. 1972, p. 11-28.

⁵²³ ESTRADA ALONSO, Eduardo. “El derecho a la imagen en... cit., p.354.

⁵²⁴ GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)”... cit., p. 333.

individualidad. Pese al incesante dinamismo personal, no se imagina un ser humano absolutamente idéntico a otro, y este aspecto moral-negativo, más abstracto, no puede ser considerado disponible, y no puede, por lo mismo, ser mensurado económicamente⁵²⁵. Considerando la protección jurídica que se da a la representación gráfica de la propia imagen, se podría encontrar una cuantía monetaria en aras de la reparación del daño causado, no pudiendo hablarse propiamente de resarcimiento⁵²⁶. Siguiendo con este razonamiento, debe entenderse también que es un derecho inalienable, pues no hay cómo alienar un derecho esencial de la persona, cuyo objeto posee naturaleza orgánica, inseparable del sujeto titular⁵²⁷. Como indica RUIZ Y TOMÁS, sería absurdo suponer la enajenación de la imagen, ya que ella constituye algo inseparablemente unido a la persona por el mero hecho de serlo⁵²⁸. De ahí que se diga que el derecho a la propia imagen es inalienable e irrenunciable y se declara nula la renuncia a la protección de dicho derecho⁵²⁹. La renuncia al derecho a la propia imagen llevaría implícita una negación de la personalidad del renunciante y sería lo mismo que quitar una parcela de la individualidad del titular de tal derecho, contradiciendo los principios fácticos y jurídicos de la dignidad de la persona humana. Asimismo, el derecho a la propia imagen no está sujeto a expropiación forzosa y tampoco puede adquirirse por usucapión. En tal caso, la expropiación implicaría la manifiesta posibilidad de la negación del principio de tutela de la persona humana, contradiciendo la tesis de que el Estado no puede apoderarse de la individualidad de los seres humanos.

Por lo que hace a su imprescriptibilidad, no se puede sostener la idea de que la persona humana no es titular del derecho a su propia imagen. El ser humano, por sus propias características, ya nace con la imagen. Como consecuencia de ello, el derecho a

⁵²⁵ Es posible la indemnización con la retirada de las imágenes de la circulación (tutela jurisdiccional cautelar, preventiva y represiva). No obstante, la reparación no se ciñe solamente a un *non facere*. Puede ser requerida, incluso, por la intromisión ilegítima que ya ha sido realizada. En otras palabras, existe la eminente posibilidad de una compensación del daño que la lesión ocasionó. De este modo, hay que evaluar la extensión de los daños resultantes de los actos ilegítimos, para que al final sea depurado el *quantum* satisfactorio, a ser cobrado como indemnización la lesión por la persona afectada.

⁵²⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. rev., atual. e ampl.; 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

⁵²⁷ GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)”...cit., p. 337.

⁵²⁸ RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.* p. 109.

⁵²⁹ La Ley Orgánica española 1/1982, de 5 de mayo, con acierto, “Art. 1.3. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta ley”.

la tutela de la propia imagen lo acompaña desde el principio. Por ello, no es imaginable la hipótesis de la existencia de un determinado transcurso de tiempo, donde se delimite el comienzo y el término de su prescripción. La imagen humana es continua, ininterrumpida y no es dable hablar, por tanto, de una supuesta prescriptibilidad para su adquisición. Sin embargo, la tutela jurídica de esta vertiente moral, su ejercicio, del derecho a la propia imagen sólo será demostrada evidentemente cuando exista una vulneración, pues, como resalta HERCE DE LA PRADA, el derecho a la propia imagen también pertenece al grupo de los *sancionadores*, que son aquellos derechos en los cuales, a diferencia de los *determinativos*, no surge la facultad de exigir un comportamiento adecuado hasta que el derecho haya sido vulnerado por terceras personas⁵³⁰. No obstante, esta circunstancia no quiere decir que no exista el derecho a la propia imagen, porque no se haya interpuesto una demanda judicial, pues podrá ser invocado siempre que de él necesite su titular. En este contexto, hay que admitir que lo que sí puede prescribir o caducar, como ya se ha analizado, es el derecho a la acción judicial, eminentemente instrumental, distinto del derecho a la propia imagen, claramente de índole material.

La idea de la intransmisibilidad de la titularidad del derecho a la propia imagen “moral”⁵³¹ ya se trató en el apartado de los derechos de la personalidad: *mors omnia solvit*⁵³². En realidad, no cabe confundir el derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad en cuanto tal, con todos sus atributos o facultades, con el ejercicio de las acciones de protección de aquéllas. El derecho a la propia imagen no es transmisible *mortis causa*, pero el ordenamiento jurídico ha creado un instrumento de defensa que protege la memoria del fallecido⁵³³. Por supuesto, “a imagem do morto, entretanto, poderá ter projeção ou reflexo que atinjam e envolvam os sentimentos ou interesses morais dos sobreviventes⁵³⁴”. No se trata, pues, de que las personas fallecidas puedan

⁵³⁰ HERCE DE LA PRADA, *op. cit.* p. 37.

⁵³¹ RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, p. 110: “Efectivamente, tal solidaridad entre éste y sus causahabientes exige que las ofensas dirigidas al difunto, mediante la publicación de su imagen, hieran los sentimientos de aquellos que pretendan conseguir el cese de la perturbación reivindicando así la buena memoria del muerto”. En este párrafo, el autor replantea la preocupación por la memoria de los difuntos, que se refleja en la mayoría de las legislaciones influidas por la tradición romana.

⁵³² *Vid.*: Capítulo I, epígrafe 1.6.2.2

⁵³³ HERCE DE LA PRADA, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia...* cit., p.163.

⁵³⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 74-75.

ser titulares del derecho a la propia imagen, sino, simplemente, que el ordenamiento considera que, tras su muerte, subsiste, no el derecho subjetivo, pero sí un bien jurídico digno de protección. Fallecida la persona, queda su memoria, y la protección de esta última justifica la concesión a ciertos sujetos de una especial legitimación *post mortem* para el ejercicio de las acciones que, si estuviera vivo, corresponderían al titular del derecho⁵³⁵.

Ahora bien, a la hora de analizar la importancia patrimonial de las representaciones gráficas de las evocaciones o expresiones personales del aspecto físico externo de la imagen humana, se hace menester volver a matizar su otro cometido: el valor mercantil. Ya se interrogaba PASCUAL QUINTANA sobre este punto cuando afirmó que el derecho a la propia imagen se distingue netamente de la propiedad de cada singular reproducción de ella, es decir, que también en el derecho a la propia imagen se separa la pertenencia ideal de la imagen de la persona de la propiedad material de un retrato⁵³⁶. Éste sería el derecho de la persona de permitir a los demás que reproduzca su efigie para determinados fines, es decir, la posibilidad de utilización del aspecto positivo (patrimonial), cuando se trata de una concreción de la imagen de la persona. En este contexto, es oportuno señalar la opinión de ROYO JARA, que sostiene que la persona puede autorizar la reproducción de su imagen, incluso si no hay relación contractual⁵³⁷. Este acto no implica un atentado al principio de la indisponibilidad, pues no supone una renuncia al derecho, representa, sin embargo, la libertad del titular de no usar de las prerrogativas que el derecho le confiere, pudiendo ser revocado, en todo momento, ese permiso. Añade que en el ámbito contractual, cuando el titular encarga un retrato de su persona, tampoco renuncia a su derecho, pues aunque el objeto del contrato sea la publicación, el titular no pierde la titularidad de su imagen, ni ésta es adquirida por otra persona. El contrato, por tanto, consiste en pactar que las personas retratadas no ejercerán el derecho que les corresponde para determinados y específicos fines, y bajo circunstancias y formas expresamente acordadas. Hay quien sustenta que debe admitirse la transmisibilidad *inter vivos* y *mortis causa* del derecho al valor

⁵³⁵ PASCUAL MEDRANO, A. *El derecho fundamental a la propia imagen...*cit., p. 117.

⁵³⁶ PASCUAL QUINTANA, "El derecho a la propia imagen" en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, Año 1949, p. 140, *apud* HERCE DE LA PRADA, Vicente, *op. cit.* p. 16.

⁵³⁷ ROYO JARA, *op. cit.*, p. 86-7.

publicitario de la imagen, de manera análoga a como se admite en el caso del derecho de autor⁵³⁸.

Ahora bien, a partir de un enfoque más personalista de este derecho, considero que la “transmisibilidad” *inter vivos* debe ser siempre un acto personal del sujeto contratado, es decir, que la persona retratada necesariamente debe prestar su consentimiento en cualquier negocio que se haga sobre su imagen. En todas las hipótesis de publicación de la imagen “patrimonial”, sin excepción, el sujeto tiene que ser consciente, so pena de nulidad y posibilidad de reparación de los daños causados. Tal razonamiento está justificado pues lo que está en juego es la individualidad del sujeto manifestada en una concreta imagen y, por ello, la persona humana ha de saber a qué está vinculada su imagen. Con relación a este supuesto, GITRAMA GONZÁLEZ afirma que, cuando se hace referencia al derecho a la propia imagen, se está en el plano del *ius fruendi*, no en del *ius disponendi*⁵³⁹, pues no se dispone de la imagen en el aspecto moral/negativo, ni tampoco *ad eternum* en el aspecto patrimonial/positivo. Esta disposición resultaría una evidente desconsideración para el individuo, pues sería lo mismo que suprimir la autonomía privada y la individualidad de la persona. Lo que quiero afirmar, en otras palabras, es que cuando se disfruta del aspecto positivo del derecho a la propia imagen a través del consentimiento para el uso de terceros, tal disposición no puede tener un plazo interminable, pues ello también resultaría en una ilegítima reducción de la persona otorgante de la imagen a mero objeto (o condición análoga a la esclavitud), contrariando el principio de la dignidad de la persona humana⁵⁴⁰. El Estado también ha de proteger al individuo contra su propia voluntad, asegurando su formación para una configuración de decisiones enteramente libres y claras, cuando se constata una manifiesta e irrazonable posibilidad de vulneración al interés de la propia persona. Una hipotética prohibición podría fundamentarse en que se atenta contra a las buenas costumbres, variables en el tiempo y en el espacio, o contra el

⁵³⁸ AMAT LLARI, op.cit., p. 50: “El derecho al valor publicitario de la propia imagen es un derecho de propiedad. Por ello es cesible *inter vivos* y *mortis causa* como cualquier otro derecho de esta naturaleza. La finalidad que persigue el titular del derecho a la intimidad es que no se divulgue su imagen. La finalidad del titular del derecho al uso comercial de la imagen, por el contrario, es compartir los beneficios de la difusión y controlarla”.

⁵³⁹ GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)” en *Nueva Enciclopedia...* cit., p. 335.

⁵⁴⁰ Como ocurrió, por ejemplo, en la película *Ed Tv* (1999), dirigida por Ron Howard.

orden público, que incluiría como elemento constitutivo la dignidad de la persona humana⁵⁴¹.

Con relación a la “transmisión” *mortis causa* de este aspecto mercantil del derecho a la propia imagen, AMAT LLARI apunta que se ha admitido en algunos tribunales estadounidenses, pero exigiéndose que el titular lo haya ejercido durante su vida. La idea justificadora de esta tesis es que la opción de utilizar la imagen es personalísima y sus herederos no pueden hacerla actuando en nombre de su titular⁵⁴². Sin embargo, advierte que la exigencia de explotación puede interpretarse de manera tan amplia que prácticamente desaparezca, considerando que cualquier persona famosa habrá explotado, de alguna manera, su derecho a la propia imagen en vida y que, por tanto, éste se transmite *mortis causa*⁵⁴³. Como la autora se inclina por una equivalencia del valor publicitario del derecho a la propia imagen al del derecho de propiedad intelectual, esta transmisión perduraría durante un plazo de ochenta años. No obstante, siguiendo este razonamiento, cuando se analiza el caso de las personas no famosas y que no ejercieron el derecho de disfrutar del valor comercial de la imagen, no es dable que lo puedan ejercer los herederos. Lo que puede suceder es que cuando se utilice la imagen de un difunto que nunca la haya explotado con fines comerciales, los herederos podrían sí ejercer las acciones de protección de la memoria de la personalidad del *de cuius*, empero, se afirma que los herederos no podrán controlar el ejercicio comercial, sólo prohibirlo⁵⁴⁴. De hecho, el planteamiento abordado por los tribunales estadounidenses también es lógico desde la perspectiva de la corriente personalista. Si el difunto nunca había autorizado o ejercido su derecho mercantil a la propia imagen, los sucesores no podrán hacerlo. El carácter personalísimo de este derecho, que también

⁵⁴¹ ABREU, Luis Vasconcelos. “Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular: o caso do *big brother*” em *Revista do Ministério Público*, Ano 26, Jan-Mar 2005, n° 101, p.113-118.

⁵⁴² AMAT LLARI, *op. cit.*, p.45. En este sentido, la autora defiende que si se considera la necesidad de explotación de manera estricta, es necesario que el titular haya cedido su derecho *inter vivos*, y, en este caso, al negar la posibilidad de transmisión no sólo se perjudique a los herederos, sino también a los cesionarios. Esta exigencia puede relacionarse con el requisito de la existencia de un daño identificable; sólo si hay cesionarios existe un daño claro cuando el titular ha fallecido, no sólo para éstos sino también para los herederos que pueden aprovecharse de los beneficios derivados del contrato.

⁵⁴³ En la duda sobre la transmisión de derechos de una persona famosa, la autora afirma que ésta ya ha optado en vida por renunciar a parte de su intimidad y que no puede presumirse que le repugne un uso comercial. En el caso de la persona no famosa hay que considerar que ésta, de hecho, no ha manifestado en vida qué opción prefería.

⁵⁴⁴ AMAT LLARI, *op. cit.*, p. 46-7.

irradia la imagen “patrimonial”, no permite que los sucesores contraríen la lógica jurídica, en este caso intrínseca, y disfruten de los logros pecuniarios que el difunto nunca quiso para sí mismo. Por eso, confirmo lo que en líneas anteriores ya he manifestado, es decir, lo que tienen los sucesores, en este caso, es la titularidad de la demanda para refutar la intromisión ilegítima de la memoria de la personalidad, representada en la imagen del *de cuius*, manteniendo el respeto a su individualidad. Con relación a la “transmisión” *mortis causa* de los logros financieros de la imagen del difunto que haya ejercido su facultad positiva de tal derecho, coincido con la opinión de CABEZUELO ARENAS que argumenta que cabe a los herederos exigir que la utilización de la imagen del causante se mueva estrictamente dentro de los cauces o actos que fueron por él autorizados y que se sirvan a las finalidades por él consentidas (el *de cuius* pudo, ciertamente, negarse a que su aspecto físico fuese aparejado a la publicidad de un producto en el mercado, pero haber consentido, sin embargo, que su imagen y todo lo que ella representaba sirviesen a los objetivos de una entidad o institución benéfica para recaudar fondos, lograr suscripciones, etc..) ⁵⁴⁵. En este sentido, los sucesores sí podrán recibir las ganancias generadas por la imagen del *de cuius*, siempre y cuando las relaciones comerciales que se destinan a ese fin estén delimitadas por la conformidad anteriormente dada por la persona fallecida.

2.5 La autonomía jurídico-constitucional del derecho a la propia imagen

Aunque actualmente pueda hablarse de la autonomía del derecho a la propia imagen, hay que destacar que ha habido corrientes doctrinales que lo han confundido con otros derechos, como antes se ha visto al abordar su desarrollo histórico ⁵⁴⁶. La autonomía de un derecho quiere decir que éste tiene reglas y objeto propios, que se determina por sí mismo y que no se subsume en otros bienes jurídicos ⁵⁴⁷. Cabría identificar hasta ocho teorías en torno a la autonomía del derecho a la propia imagen ⁵⁴⁸: 1) la teoría negativista; 2) la que lo incluye en el derecho al honor; 3) la que afirma que

⁵⁴⁵ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Año XX, nº 4708, p. 01-08.

⁵⁴⁶ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.1

⁵⁴⁷ MORAES, W. “Direito à própria imagem (I)” ... *cit.*, p. 67.

⁵⁴⁸ Propone GITRAMA GONZÁLEZ (“Imagen (derecho a la propia)” ... *cit.*, p. 320 y sig.) siete teorías. Añado yo la de la propiedad intelectual.

el derecho a la propia imagen es una manifestación del derecho al propio cuerpo; 4) la teoría que intenta integrarlo en el derecho a la propiedad intelectual; 5) la tesis que lo considera como expresión del derecho a la intimidad; 6) la corriente que lo trata como un derecho de la libertad; 7) la teoría que lo anuda a la idea de patrimonio moral de la persona y 8) la tesis que lo considera como manifestación del derecho a la identidad personal.

Por razón de relevancia y utilidad me centraré en aquellas teorías que pueden causar más incertidumbres, confusiones e interrogantes: las que emparentan el derecho a la propia imagen con los derechos al honor, a la intimidad y a la identidad personal. Tal absorción teórica se justifica por la patente dimensión relacional-comunicativa y por la condición de manifestación esencial de la personalidad individualizada que acentúan el carácter medial de la imagen humana. Por ello, cuando se analizan las ofensas al honor y a la intimidad, es usual caer en la cuenta de que en una misma situación pueden aparecer vulnerados el honor, la intimidad y la imagen. En este sentido, dedicaré un apartado a cada uno de estos bienes jurídicos, intentando matizar los conceptos de honor, de intimidad y de identidad personal para después desvincularlos teóricamente del derecho a la propia imagen. Con relación al resto de las otras tesis, haré una breve y sucinta exposición de sus argumentos y contra argumentos que las descalifican.

En un principio, mayoritariamente se negó la autonomía del derecho a la propia imagen. No se admitía que alguien se opusiera a la publicación o exposición de su figura, si no se perjudicaba su reputación. La imagen, en sí misma, no merecía protección, como indica Alfredo ORGAZ⁵⁴⁹. Se negaba la existencia del derecho a la propia imagen por considerarlo impropio o no susceptible de protección jurídica. Otros autores admitían que no podría existir dicha protección porque la persona que pasea por locales públicos, se expone a las miradas de sus semejantes. En el mismo sentido, ROSMINI, PIOLA CASELLI, VENZI y PACCHIONI⁵⁵⁰ rechazaron la autonomía de tal derecho al afirmar que no se podía prohibir la impresión en la mente de la imagen de

⁵⁴⁹ ORGAZ, A. "Personas Individuales" – *Derecho Civil Argentino*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 161, *apud* MORAES, W. "Direito à própria imagem (I)" ... *cit.*, p. 67.

⁵⁵⁰ GITRAMA, "Imagen (derecho a la propia)"...*cit.* p. 323. Según el citado autor, SCHUSTER ("Enciclopedia Giuridica italiana", vol. VI. Parte III, p. 449) defendía que "proteger y tutelar el derecho a la imagen sería atestar un golpe de muerte al arte".

una persona, así como tampoco puede negarse su exteriorización. Esta tesis negativista puede ser rechazada por el propio concepto de imagen que se ha ofrecido en esta investigación: *representación gráfica* de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana. Lo que el ordenamiento jurídico del Estado protege es la *representación*, la *manifestación* y no la imagen humana en sí. El Derecho no podría obstaculizar que terceros conozcan nuestra imagen, pues el ser humano, dado su carácter social, tiene necesariamente que relacionarse con los demás de su especie. No obstante, la teoría negativista negaba el derecho a la propia imagen o subsumía su protección jurídica en el derecho al honor⁵⁵¹. Por ello, rebatiré de manera más contundente tal enfoque doctrinal en el apartado relativo a la distinción entre el derecho a la propia imagen y el derecho al honor.

La teoría que aduce que el derecho a la propia imagen es una manifestación del propio cuerpo tiene su fundamento en la tesis de los derechos *potestas in se ipsum* o *ius in corpus*⁵⁵². En tal sentido, SANTOS CIFUENTES comenta que es ésta la corriente doctrinal más antigua, defendida por KEYSSNER, que consideraba la imagen como una manifestación del cuerpo⁵⁵³. Este autor defendía una protección absoluta del derecho a la propia imagen, comprensivo incluso de la legítima defensa, para el caso de que alguien quisiera, por sorpresa y contra la voluntad del titular, hacerle una fotografía. Los cultivadores del *jus in se ipsum* amparaban, en realidad, a la persona en todas sus manifestaciones, sustentando que del mismo modo que el individuo tiene derecho a su propio cuerpo, lo tiene también con relación a su propia imagen, lo cual incluiría su fiel reproducción, como si fuera su sombra o su parte. Se cita como seguidores de esta corriente a CAMPOGRANDE, AMAR, FADDA y BENSA, DUSI, CARNELUTTI⁵⁵⁴. De hecho, era habitual, en el inicio del estudio de cualquier derecho, su caracterización por medio de signos materiales. Por eso, esta postura doctrinal vinculó la imagen al cuerpo humano, estimándola corpórea, intentando establecer una tesis que ofreciera

⁵⁵¹ ROYO JARA, *op. cit.* p. 20.

⁵⁵² *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.3

⁵⁵³ CIFUENTES, SANTOS. *Derechos personalísimos...*cit., p. 503.

⁵⁵⁴ CARNELUTTI entendía que el derecho sobre el propio cuerpo es un medio de protección que el ordenamiento jurídico concede al ser humano, prohibiendo a los demás todo acto del que pueda redundar cualquier mengua del mismo (en GITRAMA, "Imagen (derecho a la propia)"...cit., p. 325).

mayor apoyo fáctico al derecho que en aquel momento “nacía”. Sin embargo, la contra argumentación a esta teoría descansa en la afirmación de que si se vulnerara la imagen así entendida, se lesionaría el propio cuerpo humano, lo que no corresponde a la verdad. La “lesión” del derecho a la propia imagen no implica, en absoluto, una ofensa corporal. La imagen como objeto de derecho es un bien situado en el área moral de la personalidad (incorpórea) y no en la física (corpórea). El cuerpo y su representación o manifestación no pueden confundirse⁵⁵⁵: una cosa es el derecho a la integridad física y otra el derecho a decidir sobre la *representación gráfica* de las expresiones o evocaciones personales visibles del *aspecto físico externo* que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana.

La posición doctrinal que defendía la imagen como evocación de la libertad (OSTERRIETH), afirmaba que si alguien publica el retrato de una persona, sin autorización y contra su voluntad, ofende su derecho a la autodeterminación y, por lo tanto, al libre desarrollo de su personalidad⁵⁵⁶. En sentido análogo, entiende ROYO JARA que el derecho a la propia imagen se encuadra también dentro del derecho a la libertad, pues éste derecho se concibe como la facultad de persona de hacer todo lo que no esté prohibido por la ley y en consecuencia exigir de los demás el respeto de esa autonomía privada⁵⁵⁷. Respecto a esta teoría, es cierto que la libertad puede ser invocada para justificar *cualquier acción legítima* que no vaya contra la ley. La libertad jurídica descansa en un concepto incontestablemente amplio, identificándose con la facultad de actuar lícitamente⁵⁵⁸. La libertad así entendida es el factor principal de la dignidad humana, la manifestación práctica de la personalidad, el postulado de todos los derechos. El propio derecho de existencia sería una ficción, si no poseyera como apoyo

⁵⁵⁵ ROYO JARA, José. *La protección del derecho...*cit., p. 22.

⁵⁵⁶ MORAES, W. “Direito à própria imagem (I)...cit., p. 74.

⁵⁵⁷ ROYO JARA, J. *La protección del...*cit., p. 38.

⁵⁵⁸ El término libertad contiene tres significados fundamentales, correspondientes a tres concepciones que se entrecortaron en el decurso de la historia y que pueden ser caracterizadas como: 1) La concepción de Libertad como autodeterminación o autocasualidad, según la cual la Libertad es ausencia de condiciones de límites; 2) La concepción de Libertad como necesidad, que se funda sobre el mismo concepto precedente, esto es, sobre el de la autodeterminación a la totalidad (Mundo, Sustancia, Estado) la cual el ser humano pertenece; 3) La concepción de Libertad como posibilidad o elección, que radica la Libertad como limitada y condicionada, es decir, finita. No constituyen conceptos distintos de Libertad las formas por las cuales ella asume, Libertad metafísica, Libertad Moral, Libertad política, Libertad económica, etc. Las disputas metafísicas, morales, políticas, económicas etc. acerca de la Libertad son de hecho dominadas por los tres conceptos aludidos, los cuales, por lo tanto, reconducen las formas específicas de Libertad en torno de la cual las disputas gravitan.

la libertad. Se ha de tener en cuenta que la libertad jurídica es necesaria y imprescindible para la existencia en sí misma considerada y, a la vez, para el pleno desarrollo de todos los otros derechos individuales. Sin libertad jurídica, no cabe actuar individual o socialmente. En efecto, no se discute que el derecho a la propia imagen pueda ser una de las facetas de la libertad de la persona, sin embargo, la ofensa a este derecho de la personalidad no constituye un acto que limite la libertad del ofendido, sino que contraría una facultad de su uso exclusivo. Se trata de implicaciones jurídicas bien distintas.

Los partidarios de la inclusión del derecho a la propia imagen en el *patrimonio moral de la persona* afirman que tal derecho conforma, junto con otros atributos de la personalidad, el patrimonio moral del individuo. WALTER MORAES, sin embargo, ha señalado las lagunas de esta teoría: a) el uso de la metáfora “patrimonio” denota poca precisión teórica, b) no tiene un contenido conceptual determinado, pues puede ser aplicada a cualquier derecho de la personalidad, c) no debe buscarse paralelos en los derechos patrimoniales para justificar el derecho a la propia imagen⁵⁵⁹. Comparto la crítica que realiza WALTER MORAES, pues, es innegable que la expresión “patrimonio moral” induce a una idea económica de moral, que no puede existir.

La tesis de la absorción del derecho a la propia imagen por el derecho de autor (o derecho a la propiedad intelectual) parte de la idea de que estos dos derechos son similares. Esta “similitud” justificaría la aplicación de algunas reglas de protección al derecho de autor al derecho a la propia imagen⁵⁶⁰. Se ha visto que el desarrollo histórico

⁵⁵⁹ MORAES, W. “Direito à própria imagem (I)...cit., p.74.

⁵⁶⁰ Es oportuno recordar la importancia histórica que el derecho de autor ha tenido en el desarrollo del derecho a la propia imagen. Sobre esta relación entre el derecho de autor (o el derecho a la propiedad intelectual) y el derecho a la propia imagen conferir también: SAHM, Regina. “O Direito Moral de autor e o Fundamento do Direito à Intimidade” em *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: em homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 41-51; BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005; BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. *Os Povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. Instituto Socioambiental: São Paulo, 2004; SILVA FILHO, Artur Marques da. “Noção e importância das limitações aos direitos do autor” em *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: em homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 25-40 e “em *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.91, n.806, p.11-27, dez., 2002; ROGEL VIDE, Carlos. *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Editorial Tecnos, 1984, *íd. Derecho de autor*. Barcelona: Cálamo, D.L. 2002; CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo I, vol. II*. Reus: Madrid,

del derecho a la propia imagen estuvo intrínsecamente ligado a la legislación de la propiedad intelectual. Sin embargo, si se adopta esa tesis, habría de sostenerse la absurda idea de que la imagen es un producto del ingenio humano, la afirmación de que la persona es la autora de su efigie. De hecho, la inexistencia de una regulación legislativa del derecho a la propia imagen contribuyó al surgimiento de esta teoría, sin embargo, es incuestionable inferir que la preocupación del legislador no era el derecho a la propia imagen en sí, sino el derecho de autor⁵⁶¹. Entiende RUIZ Y TOMÁS que muy posiblemente fue IHERING el primer jurista en separar la tutela del derecho de autor del derecho del retratado, concediendo al efigiado la *actio iniuriarum* para impedir o cohibir la ofensa causada a la persona por medio de la exposición, multiplicación o venta de su imagen⁵⁶². En este contexto, desde una perspectiva autoralista, el elemento distintivo radica en que el derecho de autor tiene su sustento básico en el acto creador, al contrario de lo que sucede con los derechos de la personalidad propiamente dichos. Basta, pues, que falte el elemento de la creación intelectual para que un derecho como el de la propia imagen no pueda pertenecer a su ámbito ni confundirse con él⁵⁶³. Entre los dos derechos existe una distinción clara: la imagen humana no es creación de su titular. Este razonamiento ya había sido empleado por KHOLER, cuando planteó que lo ya creado, lo introducido en el mundo, puede quedar reservado al individuo, pues no se está substrayendo a la Humanidad nada de lo que ya poseía. ¿Pero crea uno su propia figura? ¿Es uno el autor de su Yo corporal? ¿De su apariencia? Una creación de la Naturaleza como un Hombre, una floresta o un cantero de flores, jamás podrá valer como bien autoral. Por tanto, a nadie se le atribuye un poder jurídico autoral sobre la propia imagen⁵⁶⁴. Se debe admitir que para que un bien sea tutelado por el derecho de

1978; VEGA VEGA, José Antonio. *Derecho de autor*. Editorial Tecnos S.A., 1990; VARIOS. Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (1) *Derechos de autor y derecho conexos en los umbrales del año 2000*, vol. 1 y vol. 2, Madrid, 1991; VARIOS. Congreso Iberoamericano sobre Derecho de autor y Derechos Conexos (3o.) *110 años de protección internacional del Derecho de autor : Berna, 1886-Ginebra, 1996* (coordinación de la edición, Ricardo Antequera Parilli, Amalia L. Robella), Montevideo, 1997; CASADO CERVIÑO; Alberto. “Interrelación entre la Propiedad Industrial y Propiedad Intelectual: su tratamiento en la vigente legislación española” en *Homenaje a H. Baylos: estudios sobre derecho industrial: colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*, 1992, pg. 97-110.

⁵⁶¹ Por ello, se aplicó en el Derecho Brasileño la norma del art. 666, inciso X, del Código Civil de 1916, que tenía contornos autoralistas, para solucionar las cuestiones atinentes al derecho a la propia imagen.

⁵⁶² RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.* p. 64.

⁵⁶³ VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. “Protección de la propia imagen” in *Revista Interamericana de derecho intelectual*, jul/dic, 1979, vol. 2, p. 68-103.

⁵⁶⁴ KHOLER, “A própria imagem no direito”... *cit.*, p. 52-53.

propiedad intelectual tiene necesariamente que emerger de una creación intelectual, eminentemente artificial. El artista, el autor de la obra intelectual, ejerce un acto de creación, y por ello merece protección del derecho de propiedad intelectual. De esta forma, al escultor, al pintor, al fotógrafo, al cineasta le asiste un derecho de autor⁵⁶⁵, pero el artista no *produce* la imagen, sino que la *reproduce* o *representa*. El autor puede tener un derecho sobre la obra, no sobre la imagen de la persona en cuanto tal, lo que resulta inherente a la naturaleza humana⁵⁶⁶. A su vez, a la persona representada le asiste el derecho a su propia imagen, que, incluso, puede ser utilizado contra el autor de las reproducciones.

2.6 El derecho a la propia imagen y el derecho al honor

Resulta oportuno, antes de disociar el derecho a la propia imagen del derecho al honor, aclarar una cuestión terminológica. En Brasil y en Portugal se suele usar el término *honra* para denominar tal bien jurídico⁵⁶⁷. Por su parte, PONTES DE MIRANDA utiliza una terminología distinta para definir honor o honra; afirma más exactamente que el bien jurídico se configura a partir de la suma de la dignidad personal (sentimiento y consciencia de ser digno) con la estima y consideración moral de los otros: el primero aspecto, eminentemente subjetivo, se llama honra, y el segundo, honor⁵⁶⁸. PONTES DE MIRANDA sostiene que la honra es fundamentalmente personal y comprende las virtudes que el ser humano posee y que lo hacen honrado, es el sentimiento de la propia dignidad. El honor, en cambio, es algo objetivo y consiste en el reconocimiento de esta dignidad por el grupo social. La diferencia de denominación entre honra y honor en España puede ser explicada por el hecho de que honra y deshonor son términos muy antiguos. Se usó en las leyes españolas hasta que los Códigos del siglo XIX pasaron a utilizar la palabra honor. La honra en tierras hispánicas representa una visión clasista y discriminatoria, anclada en convencionalismos, donde la

⁵⁶⁵ AFFORNALLI, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁶⁶ RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, p. 61 (citando CAMPOGRANDE).

⁵⁶⁷ En Portugal, como aducido en el *Acórdão* que n° 407/2007 (Processo 130/07 2ª Secção, Rel. João Cura Mariano, p. 17) del Tribunal Constitucional Lusitano es común utilizar la expresión *direito à honra* para denominar el constitucionalmente protegido *direito ao bom nome e à reputação*.

⁵⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.7 e 11, 1955, *apud* SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos a personalidade*. Barueri, SP: Manole, 2002, p. 48.

dignidad se mide en términos como valentía, el saber mantener las distancias entre los distintos estamentos sociales por encima de cualquier dificultad o el mantenimiento de una conducta irreprochable en el orden sexual⁵⁶⁹. Hoy día, la honra es algo fundamentalmente subjetivo que alude a las virtudes que se posee, mientras que honor es la buena fama o reputación que la persona merece de los demás⁵⁷⁰. Sin embargo, honra y honor, en un sentido lato, poseen o pueden poseer un significado equivalente, en cuanto no se especifique a que se refiera especialmente cada uno de los dos vocablos. Para la Real Academia Española, el honor es “una calidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes” y la honra, palabra sinónima a la del honor, es “la estima y respeto de la propia dignidad”. Sin embargo, los juristas, por las razones antes mencionadas, no suelen usar la palabra *honra* y, por una cuestión metodológica, yo mismo usaré el término *honor* para denominar tal bien jurídico⁵⁷¹.

Hecha esta matización, la teoría de la absorción del derecho a la propia imagen por el derecho al honor es una de las más relevantes. Tal postura doctrinal concibe el derecho a la propia imagen como una manifestación singular contra las exhibiciones o publicaciones injuriosas. Según COHN (1903) del ataque a la exposición y reproducción de la imagen de una persona no cabe inferir la vigencia de un derecho a la propia imagen, sino que el derecho al honor se basta para tutelar al individuo contra éstas intromisiones⁵⁷². En esta misma línea, se incluyen autores como VON BLUME, FERRARA, ENRICO ROSMINI, SANTORO PASSARELLI, RAVANAS, RICCA-BARBERIS, PACHIONE, COVIELLO, GALLEMPARK, SCHUSTER, VENZI, PIOLA CASELI (entre otros), defensores de que la imagen sólo merece protección cuando su vulneración implicase, necesariamente, una ofensa al honor de la persona⁵⁷³.

⁵⁶⁹ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. *Derecho a la intimidad...* cit., p. 66. La autora afirma que no en vano la expresión “perder la honra” equivale, en el lenguaje vulgar, a la pérdida de la virginidad, y ha sido utilizada en sentencias de la primera mitad del siglo pasado con tal significado.

⁵⁷⁰ LOPÉZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho...* cit., p.49.

⁵⁷¹ CASTÁN VAZQUEZ (J. M^a). “La protección al honor en el derecho español” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, diciembre de 1957, Reus, Madrid, 1958, p. 4) advierte que “junto a las palabras *honor* y *honra* aún hay en castellano una tercera de aproximado sentido y que, como en su *Semblanza de España* hacía notar el gran hispanista francés Maurice Legendre, carece de traducción a otras lenguas: la palabra *pundonor*, que significa «punto de honor» o «punto de honra», y de la que se deriva un adjetivo – *pundonoroso* – que se aplica casi exclusivamente a los toreros en las crónicas taurinas...”

⁵⁷² RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁷³ Para mejor estudiar la configuración jurídica del honor hay una vasta bibliografía que se podría aquí aportar. Sin embargo, puede recomendarse: ALONSO ALAMO, M. Mercedes. “Protección penal del

Tal planteamiento implica negar que la imagen tenga caracteres y consecuencias jurídicas suficientes para configurar un derecho independiente.

honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADPCP)*, 1983, Tomo XXXVI, fasc/mes 1, p. 127-152; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *El derecho fundamental al honor*. Madrid: Tecnos, 1992; BUSTOS PUECHE, José Enrique. *¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor?* Tecnos: Madrid, 1992; CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Honor, intimidación y propia imagen*, Cuadernos De Derecho Judicial, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 105-148; CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Derecho al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e Injurias*. DYKINSON: Madrid, 2004; CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo I, vol. II*. Reus: Madrid, 1978; Varios, *Honor, intimidación y propia imagen*, Cuadernos De Derecho Judicial, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 1993; CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea: Buenos Aires, 1995; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidación e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Bosch Casa Editorial S.A: Barcelona, 1996; CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidación Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*. Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995; ESTRADA ALONSO, Eduardo. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo*. Editorial Civitas: Madrid, 1989; FELIU REY, Manuel Ignacio. *¿Tienen honor las personas jurídicas?* Tecnos: Madrid, 1990; HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidación y Propia Imagen*. Editorial Colex: Madrid, 1994; GUERRERO LEBRON, Macarena. *La protección jurídica del honor “post mortem” en Derecho Romano y en Derecho Civil*. Editorial Comares, Granada: 2002; VIDAL MARÍN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid, 2000; ROGEL VIDE, C. “El derecho al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional” *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 2, 1993, p. 1913-1946; GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La degradación del derecho al honor – honor y libertad de información*. Madrid: 1993; LOPÉZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid: 1996; RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María. *El derecho al honor de las personas jurídicas*. Editorial Montecorvo S. A., Madrid: 1996; SALVADOR CODERCH, Pablo (director) [et al.]. *El mercado de las ideas*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1990; M De COSSÍO. *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia: 1993; SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Libertad de expresión e Información frente a honor, intimidación y propia imagen*. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1995; ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996; CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005; CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação social*, vol. 1. Almedina: Coimbra, 2000; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., vol.I*. Coimbra Editora: Coimbra, 2007; HOMEM, António Pedro Barbas. “O preço da honra” em *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 30, Jan-Fev 2004, p. 04-09; MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra Editora: Coimbra, 2002; MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira. *O direito à honra e a sua tutela penal*. Almedina: Coimbra, 1996; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra Editora: Coimbra, 2005; PINTO, António Marinho e. “Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e de informação” em *Sub Judice*, 1999.1, T. 15-16, p. 75-81; REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão*. Lisboa: Lex, 1998; ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carmargo. *Crimes contra a honra*. São Paulo: Saraiva, 1995; FERRARI, Amauri Pinto. *Calúnia, injúria e difamação*. Rio de Janeiro: AIDE, 1997; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002; Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior, Fábio Machado de Almeida Delmanto. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar 2000; Fernanda... [et al.] coordenadores. *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

Los reflejos jurídicos de esta teoría perduran, todavía, en algunas legislaciones vigentes, y en numerosos precedentes jurisprudenciales. En este sentido, el Código Civil Italiano dispone en el ya citado artículo 10 que “cuando la imagen de la persona o de los padres, del cónyuge o de los hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o la publicación es permitida por ley o con *perjuicio del decoro o de la reputación* de la propia persona o de los mencionados parientes, la autoridad judicial, a petición del interesado, puede determinar que se interrumpa el abuso, sin perjuicio de la indemnización por daños⁵⁷⁴”. Éste es un ejemplo claro de la inclusión del derecho a la propia imagen en el derecho al honor. La ley italiana ha influido en otras legislaciones, incluida en la brasileña⁵⁷⁵. Se ha de hacer notar, pues, que lo que se protege, en el fondo, es el honor y no la imagen en sí misma considerada. Esta teoría no concibe la imagen como bien jurídico autónomo, constituiría una ofensa a la imagen de una persona, por dañar al honor, la publicación de fotografías de un individuo en una actitud impúdica, en una situación ridícula, humillante o vinculadas a noticias que menoscaben su reputación, pero no se vulneraría derecho alguno, de acuerdo con este razonamiento, en aquellos casos en que la reproducción o difusión de la imagen de la persona no atentase contra su honor.

Lo que es innegable es que el derecho al honor tuvo una importancia histórica decisiva en la afirmación del derecho a la propia imagen. Esta teoría contribuyó a la discusión de la protección de la propia imagen, con decisiones jurisprudenciales del siglo XIX. El problema de esta postura es la amplitud conceptual del honor presente durante varios siglos, pues se solía considerar un ataque al honor todas las ofensas dirigidas a la personalidad, dado el radio de actuación de la expresión *injuria* (injusticia o ilícito)⁵⁷⁶. Hay quien afirma que España ha sido, sin duda, uno de los países que ha dado mayor importancia al sentimiento del honor; hubo siglos en que podía decirse que casi todo giraba alrededor de este concepto, impulsando gran parte de las acciones

⁵⁷⁴ Traducción mía.

⁵⁷⁵ “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, *se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade*, ou se se destinarem a fins comerciais”.

⁵⁷⁶ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidación e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Bosch Casa Editorial S.A: Barcelona, 1996, p.15 comentando el artículo de CASTÁN VÁZQUEZ (José María. *La protección del honor en el Derecho español*. RGLJ, diciembre 1957, p. 692).

litigiosas de los españoles. Sin embargo, hoy día este concepto amplio de honor sólo sirve de base para que se recuerde que tales derechos tuvieron una raíz común, pero esa superada concepción no puede, actualmente, condicionar ni el reconocimiento ni la existencia autónoma de otros derechos de la personalidad que posteriormente se han desarrollado.

Del latín *honore*, el concepto de honor está estrechamente relacionado con los valores morales (moral, del latín *moralis*), que indican lo que es virtuoso, honesto, correcto, de acuerdo con las buenas costumbres⁵⁷⁷. El origen jurídico del honor se encuentra en el Derecho Romano, cuyos indicios se reportan a la Ley de las XII tablas, que sancionaba la injuria verbal (*convicium*), la canción difamatoria (*carmen famosum*) y el escrito difamatorio (*libellus famosus*). En principio, el concepto de honor se acercaba a la idea general de *iniuria*, que protegía a la persona frente a delitos de contornos imprecisos, que no poseían una denominación específica. La vulneración de la *iniuria* se producía cuando un acto menospreciaba, de forma intencionada y manifiesta, a una persona. La infamia resultaba del incumplimiento de una obligación y se extendía a todos los miembros de la familia a la cual pertenecía el deudor. Cabe constatar que, en esta época, la noción de honor, aunque de forma primitiva, ya era conocida por los romanos. El ciudadano romano de la época clásica estaba sujeto a este sentimiento, pues al buscar el resarcimiento por intermedio de la *actio iniuriarum* sabía que el compromiso asumido en la *litiscontestatio* delante del juez implicaba el cumplimiento de la palabra dada. En la concepción romana, la idea de honor, como objeto del delito de injuria, se conectaba a tres conceptos: a) la propia dignidad (*dignitas*), b) la estima o buena opinión (*bona fama, infamia*) c) las ventajas inherentes a una buena reputación (*cómoda bonae famae*). En la protección jurídica del honor se desarrolla un proceso que va desde la tutela exclusiva contra acciones violentas hasta la protección de las buenas costumbres, pasando por la facultad de pedir judicialmente que se reprima todo acto capaz de causar infamia a una persona. La protección comprende

⁵⁷⁷ HERRERO-TEJEDOR (*Honor, intimidad y propia imagen...* cit., p. 76) citando a MONEVA indica que etimológicamente el honor proviene del griego “ainos, alabanza”. No obstante, plantea DUARTE (Fernanda... [et al.] coordinadores. *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 138) que “a palavra «honra» provém do latim *honos*, nome do Deus da guerra, aclamado pelos militares que o invocavam para ter coragem na batalha”.

tanto la ofensa moral y las *injurias indirectas*, como las efectuadas contra objetos, incluyéndose, incluso, la inviolabilidad del domicilio⁵⁷⁸. En este contexto, predominó por un largo momento histórico un sentido subjetivo de honor, de modo que los delitos contra tal bien jurídico eran tradicionalmente reservados al imperio de la acción privada: el duelo⁵⁷⁹. En efecto, debido a la prevalencia de tal concepción fáctica, el poder político se abstuvo de solucionar los conflictos resultantes de los delitos contra el honor. Existía incluso un Código de Honra para regular las luchas destinadas a resolver ese género de ofensas, pues, a través del combate privado se dirimían, por imperativos consuetudinarios, las ofensas al honor, principalmente entre las clases más elevadas⁵⁸⁰.

Sin embargo, sólo a partir del período renacentista se nota un cambio en la concepción del honor. En las Universidades en las que, de forma más efectiva, se plasmaron las ideas del Renacimiento (París, Pavia, Salamanca, Coimbra), se inició el estudio de las frases de la *Suma* de Santo Tomás de Aquino sobre la vida, la integridad corporal, la tranquilidad espiritual, el honor y la fama. En este contexto, SOTO expuso una nueva doctrina de los bienes de la persona, clasificándolos en tres grupos: 1) vida; 2) honor y fama; 3) y bienes temporales⁵⁸¹. Entendía que el ser humano tiene el dominio de su honor y fama, pero que no los podía usar con fines pecuniarios, porque su valor sería superior. Por su parte, GÓMEZ DE AMÉZCUA defendió que el ser humano era el dueño de sus bienes espirituales y planteó hasta qué punto podían arrostrarse los peligros en defensa de su honor⁵⁸². Aparte de estas interpretaciones sobre el honor, lo

⁵⁷⁸ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidación ...cit.*, p.36.

⁵⁷⁹ LOPÉZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y...* cit., p. 43.

⁵⁸⁰ PINTO, António Marinho e. "Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e de informação" em *Sub Judice*, 1999.1, T. 15-16, p. 75-81.

⁵⁸¹ Citado por CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen...cit.*, p.16.

⁵⁸² Entre los derechos de la personalidad, el primero que se reconoció jurisprudencialmente fue el honor. En España la primera (aparte de algún precedente de 1894-1902) sentencia que se tiene noticia sobre el tema se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912: el supuesto de hecho fue la noticia publicada en el periódico *El Liberal*, el día 21 de septiembre de 1910, con el título "Fraile, raptor y suicida" (por telégrafo. Totana. 19). El 16 de septiembre, por la noche, fugóse de su Convento de Capuchinos el Padre Fulgencio N., vicepresidente y profesor de Física del Colegio que ellos dirigían, llevándose consigo a la señorita Maria Josefa M., de quien ya había tenido escandalosa sucesión tres meses antes. Al ser sorprendidos a su entrada en Lorca por un tío de ésta, el mencionado religioso atentó contra su propia vida, quedando muerto en el acto. Ella fue devuelta al seno de su familia. El día 24 de septiembre, *El Liberal* publica, bajo el epígrafe "Una falsedad": era falso el telegrama relativo al suicidio. El representante legal de la hija menor pidió una indemnización por la injuria que se hizo contra la menor que fue concebida por el Tribunal Supremo. Sostiene dicho Órgano Judicial que: "la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada".

que se ha de constatar es que hasta mediados del siglo XX, antes de la inserción de la *dignidad de la persona humana* en el seno de los ordenamientos jurídico-constitucionales, no existía un criterio objetivo de honor referido a todas las personas, sino que existían distintas *categorías honoríficas* que representaban diferentes clases de prestigio personal y social⁵⁸³.

Tras esta breve introducción, se hace necesario ofrecer un concepto claro y actual de honor⁵⁸⁴. Ya decía BECCARIA en su obra *Dos delitos e das Penas* que la palabra honor es una de la que sirvió de base a extensos y brillantes ensayos sin fijarse un significado estable y permanente⁵⁸⁵. En esta labor de formulación del concepto de honor, se han barajado en la doctrina varias concepciones, entre las cuales se sobresalen la fáctica y la normativa. La primera entiende que, tras tomar consciencia de su condición humana, de su individualidad y de los demás valores espirituales y morales, la persona percibe que tales valores determinan su forma de pensar, de vivir y de convivir, configurándose un ser dotado de concretos atributos, capacidades y cualidades que se reflejen igualmente en el mundo exterior. A través del autoconocimiento y de la autoevaluación, el ser humano pasa a tener consciencia de lo que es y de lo que piensa ser. Este bien de la personalidad se configura como la representación de las diversas cualidades del individuo en relación con los restantes miembros de la comunidad y permite que la persona tenga un honor individual, que forma parte de su existencia moral, un honor civil, que incluye la estimación pública, el honor político, profesional, científico, literario, artístico, comercial y otras infinitas posibilidades de la respetabilidad humana. Esa concepción fáctica de honor, por tanto, lleva a entenderlo como el conjunto de valores, cualidades morales, intelectuales que determinan el mérito

⁵⁸³ REBELO. *A responsabilidade...* cit., p.58. Como ejemplo, las prostitutas no tenían honor que defender.

⁵⁸⁴ Indica O'CALLAGHAM MUÑOZ ("Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen"... cit., p. 553-556) los tres elementos que conducen a resolver las cuestiones que afectan al concepto, a los límites, al ejercicio y a la protección del derecho al honor en España. Plantea el mencionado que Es oportuno tener en cuenta: 1) *Los elementos positivos* se refieren al aspecto interno y externo del honor, al requisito de la divulgación y a la distinción entre expresión, información y opinión; 2) *Los elementos negativos* se concentran, pues, en falsedad de los hechos que supuestamente quebrantan el derecho al honor y su relación con la *exceptio veritatis* y la carga de la prueba, y la falta de consentimiento para una intromisión. Y 3) *Los elementos jurídicos* eliminan el propio concepto de honor o impiden la consideración de ataque al mismo y que están recogidos en los art. 2.1 y 8.1 de la Ley 1/82, de 5 de mayo.

⁵⁸⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas* (trad. Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

del individuo en el medio en que vive; es la proyección personal a partir de la consideración ajena. Representa el valor social del individuo, pues está conectado a su aceptación o aversión dentro de los círculos sociales en que se desarrolla.

No obstante, como explica HERRERO-TEJEDOR, el honor es un concepto pre-jurídico y en tanto valor es mutable, sufre influjos por el paso del tiempo, las ideas reinantes en cada momento en la sociedad y por las circunstancias concretas (personales y ambientales)⁵⁸⁶. Se configura como un bien de la personalidad que tiene una incontrolable polisemia, cuyas raíces descansan en la ambigüedad y en la equivocidad, intrínsecas a los términos y conceptos que polarizan su discurso⁵⁸⁷. Por todo ello, resulta difícil ofrecer un concepto preciso del derecho al honor, pues su contenido es eminentemente lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento⁵⁸⁸. El honor posee, no obstante, un doble aspecto: el subjetivo, comprensivo de las representaciones que el sujeto tiene de sí mismo y la voluntad de afirmar el propio valor, y el objetivo, que sería la buena reputación o fama. Apunta GONZÁLEZ PEREZ que en España los tribunales aluden al honor como la estima que a cada persona es reconocida por la sociedad o grupo al que pertenece, en el cual desarrolla su actividad; es la dignidad de la persona reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona⁵⁸⁹.

Podría cuestionarse la validez teórica de esta postura, ya que tal idea de honor dejaría desamparadas a las personas que no tuvieran un buen reconocimiento social o las que hubiesen sido agredidas en su honor privadamente. La reputación o consideración social (sentido objetivo) puede ser inmerecidamente buena o mala y, el sentimiento propio, dependiente de la personalidad del individuo (sentido subjetivo), puede ser escaso o muy exagerado. Puede suceder que determinadas personas, por distintas circunstancias, carezcan de estimación propia y a otras, por su carácter público, se les reconozca con una personalidad que no les corresponde⁵⁹⁰. Si se adopta *in totum* esta concepción fáctica, se corre el riesgo de anular la libertad de expresión, pues

⁵⁸⁶ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad...*cit., p. 76.

⁵⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...*cit., p. 77-78.

⁵⁸⁸ STC Español 185/1989.

⁵⁸⁹ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *La degradación...*cit., 1993. p. 32-33.

⁵⁹⁰ ESTRADA ALONSO, Eduardo. *El derecho al honor en la Ley Orgánica...*cit., p. 25.

cualquier opinión podría ofender a quienes se caracterizan por una sensibilidad extrema y, además, nunca se sabría, con seguridad, cuál habría de ser la valoración que, en el plano jurídico, merecería una conducta, pues el individuo siempre estaría pendiente de la opinión de los demás.

Por otro lado, la concepción normativa del honor aduce que tal bien jurídico forma parte de la dignidad de la persona. La principal dificultad de esta corriente es concretar el contenido de esa dignidad⁵⁹¹. Resalta CABALLERO GEA que la jurisprudencia admite pacíficamente que el derecho al honor incorpora el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal, necesaria para el libre desarrollo de la persona en la convivencia social, cuya negación o desconocimiento se produce, fundamentalmente, a través de alguna expresión proferida o cualificación atribuida a una persona que, inexcusablemente, la haga desmerecer en su propia estimación o en la del entorno social o profesional en que se desenvuelve⁵⁹². La doctrina normalmente divide tal bien jurídico en honor objetivo, que es la dignidad de la persona humana reflejada en la consideración de los demás, y en honor subjetivo, que es la estima que cada individuo tiene de sí mismo, sentimiento personal de la propia dignidad, o sea, lo que cada persona piensa de sí misma. En este sentido, VIDAL MARÍN plantea que el honor es un derecho de la personalidad fundado en la dignidad humana, entendido como el derecho que tiene toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás⁵⁹³. Para algunos autores la dignidad de la persona se vincula al efectivo cumplimiento de los deberes éticos⁵⁹⁴. En este sentido, SANTOS CIFUENTES afirma que el honor objetivo es, precisamente, la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto, mientras que el subjetivo puede entenderse como una auto valorización o el aprecio de la propia dignidad⁵⁹⁵. Empero, para configurar el vigente concepto de honor, se han de abandonar las concepciones que hacen referencia a la estimación de una persona en función del cumplimiento de sus deberes. El honor no es sinónimo de

⁵⁹¹ Como plantea CABALLERO GEA (J.-A. *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen...*cit., p. 20) la idea de dignidad humana viene a ser el presupuesto de la validez ético-jurídica, axiológica y antropológica de todo sistema de derecho y debe recibir una protección judicial indirecta, a través de sus concreciones objetivas: vida, libertad, intimidad, honor (imagen)...etc.

⁵⁹² CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Derecho al honor...*cit., p. 17.

⁵⁹³ VIDAL MARÍN, T. *El derecho al honor y...*cit., p. 63.

⁵⁹⁴ ESTRADA ALONSO, Eduardo. *El derecho al honor ...*cit., p. 26.

⁵⁹⁵ CIFUENTES, Santos. *op. cit.*, p. 456.

“recompensa” por la capacidad y reconocimiento social de la persona, pues es un valor que acompaña al ser humano desde su nacimiento. Si se entiende que el reconocimiento del derecho depende de la actuación conforme a un molde, ello implicaría que unos individuos pudieran afirmarse como titulares de un derecho al honor y otros no. En efecto, el contenido de la dignidad humana, del cual emana el honor, ha de conectarse con el derecho a ser respetado por los demás, y a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo ni ante los demás. De otro lado, si se propone una identificación entre el honor y la dignidad, el criterio normativo carecería de sentido, al admitir que todos, con independencia de su proceder, serían merecedores del mismo derecho, que nunca podría resultar dañado por las decisiones que cada individuo adoptara, pues nadie puede perder la dignidad, haga lo que haga⁵⁹⁶. El concepto meramente normativo supone equiparar honor a dignidad personal, entendida esta última como comprensiva de valores éticos y sociales de actuación, pero no valora suficientemente una serie de factores necesarios para ponderar su concepto y que inciden en el ámbito que debe ser protegido por el derecho al honor⁵⁹⁷. El honor de los normativistas es un concepto desprovisto de reconocimientos sociales y de funciones o méritos personales.

Se ha de buscar una línea argumental que conduzca a una concepción aplicable a cualquier individuo, es decir, un concepto jurídico de honor único para todo tipo de personas. Las posturas precedentes no deben ser valoradas más que como manifestaciones de un único honor, pues toda persona es titular del bien jurídico del honor. Estimo que el concepto de honor ha de inspirarse en una concepción intermedia, que apueste por la adecuación fáctica y el arraigo normativo. Para su configuración jurídica, deben tenerse en cuenta las normas y valores sociales del momento, el comportamiento del propio titular del derecho y, en definitiva, el libre desarrollo de la personalidad⁵⁹⁸. Mientras que la dignidad humana se configura como una categoría personal extensible a todo ser humano, absoluta y no relativa, el derecho al honor protege a un individuo concreto. De ahí surge la noción de honor como dignidad personalizada, el honor como un aspecto de la dignidad humana, que reconoce a la

⁵⁹⁶ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. *Derecho a la intimidad...*cit., p.59 y ss.

⁵⁹⁷ ALONSO ALAMO, M. Mercedes. “Protección penal del honor...”, p. 127-152 (p.141).

⁵⁹⁸ ROVIRA SUEIRO, Maria E. *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. CEDECS Editorial: Barcelona, 1999, p. 110.

persona por el mero hecho de serlo y además como un valor social cuya protección hace posible la vida en relación, pues la persona evalúa internamente su modo de ser y de comportarse en la sociedad⁵⁹⁹. Es cierto que las relaciones sociales también influyen en el *modus vivendi* del individuo, pero los valores sociales han de estar fundados en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad. Si la dimensión social forma parte del concepto del honor, es evidente que no puede defenderse un honor idéntico en cada persona, puesto que las potencialidades psíquicas, morales, culturales y económicas no son iguales. Ha de producirse, por tanto, una conjugación entre lo que el individuo estima lesivo para sí y lo que, a la vista de los valores o patrones morales socialmente extendidos, ha de reputarse como tal. Si se demuestra que, pese a ser objetivamente vejatorias ciertas conductas o afirmaciones, el afectado por ellas no se da por ofendido, es más, si se prueba que, dadas las ideas que esa persona mantiene socialmente, no resulta creíble que esas afirmaciones lesionen su buen nombre o puedan causarle daño moral, la acción que dicha persona pudiera interponer no debería prosperar, pues ello serviría para fomentar una incoherencia. Ni es suficiente sólo el malestar o la indignación del individuo, al margen del desvalor social, ni debe bastar tan sólo el criterio que representa la opinión de terceras personas. Para que el honor resulte dañado, la vulneración ha de producirse en el plano interno (inmanencia) y además gozar de trascendencia social. Se configurarían, pues, dos perspectivas de honor: la personalización de la circunstancia propia de la naturaleza de lo humano, de respeto al individuo, unido a la proyección social que el ser humano posee. El derecho no ha de proteger únicamente este sentimiento personal de la propia dignidad, sino también la proyección en la consciencia social del conjunto de los valores personales de cada individuo⁶⁰⁰. Este concepto comprende el valor personal que emerge de la dignidad humana, y que nadie puede dejar de poseer, y el valor del comportamiento personal a partir de puntos de vista ético-sociales, pues “uma sociedade sem honra e sem dignidade individual não merece qualquer consideração, pois nenhum ser humano acredita que merece a pena viver nesse tipo de sociedade⁶⁰¹”.

⁵⁹⁹ MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira. *O direito à honra e a sua tutela penal...*cit., p. 18.

⁶⁰⁰ CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação social*, vol. 1. Almedina: Coimbra, 2000, p.587.

⁶⁰¹ HOMEM, António Pedro Barbas. “O preço da honra”...cit., p. 04-09.

Ahora bien, trazada una percepción inicial de lo que es honor, conviene diferenciar la protección jurídica que se confiere a éste y la que se destina a proteger la imagen de la persona humana. Las consideraciones que anteceden ya muestran que se está ante dos tutelas jurídicas distintas. El derecho al honor tiene por finalidad proteger la dignidad personalizada del individuo, que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad y para preservar la proyección externo-social que le ronda⁶⁰²a. Por su parte, el derecho a la propia imagen busca tutelar jurídicamente la representación gráfica que se hace, por cualquier medio, de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y convierten en reconocible a la figura de la persona humana. Incorporan, pues, conceptos y objetos jurídicos completamente distintos, aunque coincidan en uno de sus objetivos, que es la *inviolabilidad personal*. La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de una persona humana se produce por el simple hecho de que se la represente gráficamente, sin su consentimiento, las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que le singularizan y le hacen reconocible, sin que se produzca necesariamente un ataque a su dignidad personalizada (propia estima) o a su reputación. La vulneración de la propia imagen no ha de estar anudada a una proyección negativa que pueda repercutir en la consciencia social del conjunto de los valores sociales y personales de un individuo. El derecho a la propia imagen se centra en esencia, como he defendido, en proteger una exigencia individual, según la cual la persona debe ser el sujeto que consienta o no la representación de su propia imagen. La configuración jurídica de tal derecho se dedica a salvaguardar un ámbito individual, de reserva, de exclusión y que, en última instancia, permite que la autonomía privada y la autodeterminación del individuo sean los parámetros para la decisión de proyectar el *aspecto físico externo de su figura humana* en el ámbito social. Al titular, por tanto, le asiste, en exclusiva, el derecho de determinar quién puede *representar gráficamente* su imagen, sin que esta decisión se vincule, en absoluto, a la trascendencia social de los valores o patrones morales socialmente extendidos; sin que sea imprescindible, para que se vulnere este derecho, que se insulte o que se difame a la persona. La protección jurídica de la imagen humana no se circunscribe a la difamación, que consiste en *rebajar* o *aislar*, en desmerecer al interesado ante los ojos de sus coasociados y en marginarle de ellos

⁶⁰² CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “El derecho al honor en la...cit., p. 105-148 (p. 108).

publicando mentiras injuriosas. El objeto del derecho a la propia imagen no es impedir que se rebaje, que se insulte, que se desacredite, que se exponga a la persona al riesgo del odio, del ridículo o del desprecio de las gentes. Tampoco el derecho a la propia imagen se orienta a prohibir que se aisle a la persona, que se genere una probable aversión de sus conciudadanos, aunque no haya descrédito en sentido estricto. Estos últimos ejemplos de ataques son protegidos por el derecho al honor, pues configuran un atentado contra la buena fama que, naturalmente, puede perjudicar la reputación de una persona y, además, ofenderla y humillarla dañando profundamente su autoestima o causándole daños emocionales más o menos graves.

Sin embargo, plantea HERCE DE LA PRADA que es indudable que por medio del uso o abuso indebido de la imagen ajena, puede también ser ofendido el honor de la persona retratada. En efecto, es evidente que en determinadas situaciones podrá tener lugar una vulneración concomitante del derecho al honor y del derecho a la propia imagen⁶⁰³. Empero, se ha de constatar que no es imprescindible que dicha ofensa se dé *siempre* conjuntamente. Existen diversos casos de divulgación de la imagen en que puede influirse negativamente en la estimación hacia un individuo por parte de los demás, configurando, pues, una vulneración simultánea de ambos derechos. Así lo pone de manifiesto O'CALLAGHAN MUÑOZ cuando menciona como uno de los posibles supuestos de *doble ofensa* la reproducción de la imagen personal del ofendido mediante la imagen auténtica de una persona o mediante trucaje, fusión o superposición de fotografías y la colocación de un pie de foto difamatorio⁶⁰⁴. No obstante, se ha de rechazar la idea de que la ofensa a la imagen ha de estar inexorablemente unida al ataque al honor, aun cuando ello acontezca en los supuestos en los que la publicación de unas instantáneas esté presidida por el *animus iniuriandi*⁶⁰⁵. Aunque existan innumerables posibilidades, estos casos de ataque concomitante a los dos derechos no son forzosamente necesarios, pues los bienes jurídicos protegidos son distintos.

⁶⁰³ HERCE DE LA PRADA, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁰⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen...*cit., p. 134.

⁶⁰⁵ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. *Derecho a la intimidad...*cit., p. 84.

Efectivamente, la manera más usual de diferenciar e incluso conferir autonomía a un derecho es enseñar ejemplos casuísticos en los cuales se exige una tutela distinta. En este sentido, WALTER MORAES formula un oportuno interrogante para delimitar las dos tutelas jurídicas y cuestiona que la tesis del honor no puede explicar, por ejemplo, la pretensión de la demanda de una persona contra otra que haya usado su fotografía como si fuera ella misma. En este supuesto, aunque no se diera una vulneración al honor, existiría el derecho de impedir y de reparar el daño que se produce en la personalidad del ofendido. Por supuesto, esta sería una hipótesis trivial, se utiliza la fotografía de alguien sin que con ello se ofenda al derecho al honor. No puede, tampoco, la tesis del honor explicar el derecho que tiene la persona de prohibir la publicación de su fotografía en promociones comerciales, aunque la publicación en sí misma sólo produjese beneficios morales⁶⁰⁶. El daño a la propia imagen puede caracterizarse simplemente por una captación, publicación o reproducción no autorizada de las evocaciones o expresiones visibles del aspecto físico externo que la singularizan y la hacen reconocible y, en cambio, para que exista la ofensa al honor debe vulnerarse o la estima social o la dignidad individual/personal del titular. En esta misma línea, MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN considera que la imagen constituye un derecho autónomo respecto del derecho a la intimidad y al honor, cuya diferenciación con éstos estriba fundamentalmente en que la imagen hace referencia a un derecho puramente externo, en contraposición a la intimidad, que consiste precisamente en el derecho a que no sean desvelados aspectos íntimos de la personalidad, y al honor, que cubre aspectos externos o internos, vinculados a la dignidad personal⁶⁰⁷. Siguiendo el mismo razonamiento, sostiene PASCUAL MEDRANO que el contenido del derecho a la propia imagen, la libre determinación del uso de la propia imagen personal, no puede identificarse con el de la intimidad o el del honor, pese a las evidentes conexiones que estos derechos tienen⁶⁰⁸. Los tres son derechos de la personalidad, se derivan de la propia naturaleza humana, se destinan a la protección integral de la persona y, en términos generales, salvaguardan la vida privada de la persona.

⁶⁰⁶ MORAES, “Direito à própria imagem (I)...cit., p. 69.

⁶⁰⁷ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *El derecho fundamental al honor...cit.*, p. 26-27.

⁶⁰⁸ PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia...cit.*, p.24.

Es cierto, en mi opinión, que la consagración constitucional autónoma del derecho a propia la imagen corrobora su emancipación frente al derecho al honor, pues son derechos independientes, autónomos, distintos, con características propias, pero que tienen una raíz común en la teoría de los derechos de la personalidad⁶⁰⁹. Para ratificar esta disociación conceptual de tales derechos, es también oportuno traer a colación el entendimiento de VERCELLONE, citado por CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, que distingue la imagen del honor, señalando cuatro situaciones que evidencian esa disociación: a) publicaciones de la figura humana de una persona sin su consentimiento, pero *sin* que exista lesión a su honor; b) publicaciones de la figura humana *sin* consentimiento y *con* ofensa al honor; c) publicación de la figura humana *sin* consentimiento del titular, en aquellas circunstancias en que éste no es exigible, pero *con* perjuicio del honor; d) publicación de la figura humana *con* consentimiento y *sin* que resulte perjuicio para el honor⁶¹⁰. En el primer supuesto sólo se vulnera la imagen; en el segundo se ofende ambos derechos; en el tercero sólo se verá afectado el honor; y en el cuarto, no hay una supuesta violación de estos dos derechos. Estos ejemplos, de forma indiscutible, fuerzan a admitir que la protección jurídica dada a la propia imagen ha de ser otorgada por el Derecho considerando la mera captación ilegítima, *i.e.*, la representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura humana. No es preciso, pues, que se difame, injurie o calumnie alguien para que la tutela del bien de la propia imagen despliegue sus efectos. Por otro lado, no sería coherente proclamar un derecho fundamental en la Constitución sin objeto propio, es decir, sería redundante un derecho a la propia imagen cuyo objeto fuera la protección jurídica del honor.

2.7 El derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad

Seguramente, la teoría más difícil de rebatir es la que subsume el derecho a la propia imagen en el derecho a la intimidad. Se trata de la tesis que goza de más

⁶⁰⁹En este sentido la distinción que se hizo en la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 09 de junio 1967 que advierte que “no son los bienes jurídicos del honor ni el secreto personal el contenido propio y genuino del derecho a la propia imagen, porque la reproducción arbitraria de una figura humana puede no lesionar al honor de la persona producida”.

⁶¹⁰ VERCELLONE. *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1953, p. 103, *apud* CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *op. cit.* p. 77

aceptación en Francia (*droit à la vie privée*), por ejemplo. Además, este entendimiento se funda en la doctrina del *right to privacy*⁶¹¹, cuyo origen se encuentra en decisiones jurisprudenciales medievales de Inglaterra y que, más tarde, sirvieron de fundamento para la elaboración del afamado artículo de Samuel D. WARREN y Louis D. BRANDEIS⁶¹². DUSI y STOLFI defendieron en su día que la salvaguardia del derecho a la propia imagen tenía su fundamento en la protección ofrecida a la vida íntima de las personas frente a las indiscreciones o intromisiones ajenas⁶¹³. Con el mismo razonamiento, DE CUPIS define el derecho al resguardo como la facultad de la persona de sustraerse al conocimiento de los demás y aduce que una de las manifestaciones más importantes del derecho al resguardo es el llamado derecho a la propia imagen. Al vulnerarse tal derecho, el cuerpo y sus funciones no sufren alteración, pero se verifica un cambio de discreción con relación a la persona, además de una modificación de carácter moral⁶¹⁴. De este modo, se considera el derecho a la propia imagen como un instrumento de salvaguardia del derecho a la intimidad. La idea defendida por esta corriente es que la imagen pertenece, primordialmente, a la intimidad del retratado. Se entiende, pues, que la representación de los rasgos físicos de un individuo comporta un atentado a un aspecto íntimo y, en este sentido, la vulneración a la propia imagen sería una ofensa a la intimidad, porque sólo cuando la tutela de la propia imagen se presta a proteger este ámbito íntimo, de reserva personal frente a intromisiones ilegítimas, para el mantenimiento de una calidad mínima de la vida humana, se confiere eficacia jurídica al bien jurídico de la imagen. El aspecto físico de la persona humana se concibe, desde esta perspectiva, como el primer elemento configurador de la intimidad, en cuanto medio básico de identificación y proyección externa y como factor ineludible para el reconocimiento del individuo⁶¹⁵.

⁶¹¹ Warren y Brandeis utilizan en su estudio la expresión *right of privacy* y también otra *right to be let alone*, formulada originalmente por el juez COOLEY (*The Elements of Torts*, 1873).

⁶¹² En el año de 1881, Warren tras casarse con la hija de un senador e iniciar una vida con más lujo y ostentación con fiestas fastuosas y muy exclusivas, despertó la curiosidad de los periódicos. Ello resultó en la divulgación por un semanario de detalles de dichas fiestas, especialmente por el *Saturday Evening Gazette*. En 1890 se publicó en la prensa un reportaje sobre una comida realizada en la casa de los Warren para celebrar el matrimonio de un familiar. Disconforme con tal situación, la cual invadía su vida privada, Warren llamó a Brandeis, su colega de la Universidad de Harvard, para que ellos juntos escribiesen el artículo *The right to privacy*, publicándolo en la *Harvard Law Review*, que defendía el derecho de estar sólo, protegiendo la soledad de una persona, de tener resguardada su vida privada.

⁶¹³ GITRAMA, (“Imagen (derecho a la propia)” en *Nueva Enciclopedia...cit.*, p. 327.

⁶¹⁴ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade...cit.*, p. 129.

⁶¹⁵ RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad...cit.*, p.111, comentando la STC 99/1994.

Antes de abordar el debate sobre la procedencia o no de esta teoría, se hace necesario realzar algunas precisiones terminológicas sobre la palabra intimidad. Del latín *intimus*, intimidad es lo más recóndito, *in eo sacrario intimo*, lo interior, lo secreto, lo profundo, de confianza. También se extrajo el término intimidad de las expresiones del latín *intima amicitia* (amistad íntima), es decir, lo íntimo no debe divulgarse sin el consentimiento de la persona⁶¹⁶. Así lo sagrado y lo secreto se correlacionarían. Secreto viene de *secerno*: separado, apartado, alejado, es decir, la persona aparta a los extraños de su intimidad. Es también oportuno señalar que *privar* es sinónimo de segregar, refiriéndose ambos a separar. Por ello, deberían coincidir separado y secreto. Sin embargo, usualmente ambos términos se distinguen, lo secreto refuerza el valor de lo privado, pues secreto es aquello que se esconde, y privado lo que no se quiere dar publicidad. En el ámbito jurídico, es común la utilización de la palabra reserva y así, en Italia se utiliza la expresión *diritto alla riservatezza*⁶¹⁷. No obstante, entre reservado y privado hay una diferencia: se puede vivir privadamente sin vivir reservadamente; la reserva es más una disposición del ánimo que un modo exterior de vivir⁶¹⁸.

Por su parte, el término *privacidad* es un anglicismo, proviene de *privacy* (*right to privacy*) y tendría como correspondiente el latín *privatus* (privado, propio, individual, personal: *in privato*). No obstante, el término con el que se designa la protección de la esfera privada de la persona no responde a un concepto unitario en el sistema jurídico-constitucional norteamericano. Desde su génesis, tal concepción adquiere una connotación amplia, caracterizada por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada. Se ha formulado la *privacy* en términos de secreto, autonomía, individualidad, desarrollo de la personalidad, libertad de elección en asuntos personales,

⁶¹⁶ Según la Real Academia Española.

⁶¹⁷ A los adjetivos público y secreto corresponden los sustantivos publicidad y secreto. La lengua italiana corriente no tiene un sustantivo abstracto correspondiente a privado, se dice privación como publicación, pero no privacidad que traduciría el inglés *privacy*. CARNELUTTI prefiere vida privada (*vid.* HERRERO TEJEDOR. *Honor, intimidad y propia imagen...cit.*, p. 74). El derecho a la intimidad en Italia se llama “*diritto alla riservatezza*” y su núcleo originario es el derecho a estar solo para proteger una esfera personal de la vida privada. Se encuentra en los art. 2, 13, 14, 15 de la Const. Italiana. Con el tiempo este derecho ha extendido su radio de acción: se habla de *diritto alla privacy* es decir no sólo *diritto alla riservatezza* sino también derecho de controlar el acceso y la divulgación de las propias informaciones. Hoy en día este derecho está contemplado y regulado en el Dlg. 196/2003 (llamado también de *Codice della privacy*), el cual ha reformado la Ley 675 del 1996. El art. 2 del Dlg. 196/2003 habla de “*diritto alla riservatezza, all'identità personale e alla protezione dei dati personali*”.

⁶¹⁸ HERRERO TEJEDOR. *Honor, intimidad y propia imagen...cit.*, p. 74.

como sustrato esencial de la inviolabilidad de la dignidad personal, y, actualmente, se reivindica como derecho a controlar la información sobre uno mismo. Como ha señalado SALDAÑA DÍAZ, en el contexto anglosajón, la *privacy* tiene correlación con la idea de libertad traducida en autonomía individual defendida por J. STUART MILL (*On Liberty: 1859*), la cual centraba sus argumentos en la protección absoluta de los aspectos que únicamente al individuo le competían, como su cuerpo y su mente⁶¹⁹. PÉREZ LUÑO, en una investigación más reciente sobre la significación actual de la *privacy*, ha puesto de manifiesto como en la jurisprudencia y en la teoría jurídica estadounidense se ha reconducido su alcance a cuatro grandes temas o áreas: 1) *Freedom from unreasonable search*, libertad o seguridad frente a cualquier tipo de intromisiones indebidas en la esfera privada; 2) *Privacy of association and belief*, garantía del respeto a las opciones personales en materia de asociación o creencias; 3) *Privacy and autonomy*, tutela de la libertad de elección sin interferencias; 4) *Information control*, posibilidad de los individuos y grupos de acceder y controlar las informaciones que les atañen⁶²⁰. Se aprecia una progresiva tendencia a concebir la *privacy* como el poder de ejercer un control sobre las informaciones que puedan afectar a cada persona individual o colectiva. De otro lado, en Francia, por ejemplo, se suele usar el término genérico *droit à la vie privée* (derecho a la vida privada) para designar la protección jurídica de este bien de la personalidad⁶²¹. Por ello, considero importante distinguir entre vida privada, privacidad e intimidad⁶²².

⁶¹⁹ SALDAÑA DÍAZ, María Nieves. “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica” en *Araucaria: Revista Iberoamericana Filosofía, Política y Humanidades*, Año 8, Nº 18, Segundo semestre de 2007, p. 85-115.

⁶²⁰ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución... cit.*, p. 335.

⁶²¹ Comenta ALCARAZ (H. “El derecho a la intimidad en Francia... cit., p. 08) que el derecho francés permanece ligado a la noción de “derecho a la vida privada” sin que sea posible saber qué es exactamente lo que esta expresión esconde. La confusión surge con frecuencia entre *privacy*, vida privada e intimidad, pero el derecho a la intimidad en Francia no se refiere a la vida privada más que en lo que concierne al control de las informaciones de carácter personal, de proteger a la persona de que no se divulguen hechos relativos a su vida personal.

⁶²² Vittorio FROSINI (*Il diritto nella società tecnologica*. Milano Giuffrè, 1981, p. 279-280) sustenta que la discreción de la vida privada consiste en el retiro voluntario y temporal de una persona de la vida social, con objeto de hacer valer un derecho propio a la soledad, también en sentido formal, que actúa como contrapeso a la exigencia de socialización presente en todo ser humano, ya que ambas – socialización y soledad – contribuyen a formar la conciencia humana. Se pueden identificar cuatro formas de escapar del control social: 1) la soledad: pura y propia, que conlleva la imposibilidad material de contacto e intercambio de información con los otros; 2) la intimidad: en la cual el individuo, por no estar aislado completamente, forma parte de un grupo restringido en el cual las relaciones quedan salvaguardadas por un acuerdo contra la indiscreción (como la relación conyugal); 3) El anonimato: que se da cuando el individuo se expone al contacto con muchos otros, pero no es individualizable en su

Con la protección de la vida privada se pretende asegurar una parcela de la personalidad que se reserva de la indiscreción ajena para satisfacer las exigencias de *aislamiento moral del individuo* y, por consiguiente, preservar su *inviolabilidad personal*. En sentido genérico, vida privada se contrapone a vida pública, considerada esta última como las relaciones existentes entre una persona con las demás. Toda persona tiene una vida pública que se traduce en una relación interdependiente con otras las personas. La vida privada es aquella parte de la personalidad que se pretende preservar de la vida pública, excluyéndola, por tanto, del conocimiento público, hechos que denoten preferencias, valores y datos que la persona juzgue ser reservados y que, en cierta forma, indican cómo el individuo se relaciona en sociedad. Es patente que toda persona tiene una vida pública, no sólo en el contexto político, sino también en las relaciones con los demás integrantes de la sociedad. La vida privada es lo que denomina la parte de la personalidad que se pretende proteger del público, representa situaciones de opción personal en que los hechos reservados pueden o no ser compartidos con otras personas, tener o no repercusión social. La protección de este bien de la personalidad queda asegurada de las Declaraciones de Derechos antes ya analizadas y que usan, en su mayoría, la expresión *vida privada* para delimitar y proteger la *inviolabilidad personal*.

Por otro lado, la intimidad se revela como una parte más exclusiva de la vida privada. Es normalmente concebida como un núcleo más reducido y exclusivo, que resguarda la individualidad de las intromisiones en la propia vida privada, reconociéndose que no sólo el poder público o la sociedad pueden interferir en la vida individual, sino que la propia familia puede entrometerse en un espacio que el titular desea mantener impermeable, *íntimo*. Hay autores que se refieren a esta distinción adoptando la teoría de los “círculos concéntricos”, de modo que se defiende que la vida privada sería más amplia, con un radio de acción más grande que la intimidad. Se sostiene que la vida del individuo necesita de un lado público de relaciones afectivas, profesionales, que implican una obligatoria exposición. En este contexto, el derecho a la intimidad sería un derecho más, que se insertaría en el “derecho a la vida privada”⁶²³.

personalidad específica; 4) la discreción, consistente en una barrera psicológica contra las intrusiones indeseadas (como el silencio en las conversaciones).

⁶²³ ALCARAZ, H. “El derecho a la intimidad en Francia... cit., p.09.

MARIA ISABEL GARRIDO GOMEZ considera que ofrecer una definición unívoca de la voz “intimidad” resulta prácticamente imposible, puesto que, aparte de las distintas denominaciones adaptadas a los países (la *privacy* anglosajona, la *vie privée* francesa, la *riservatezza* italiana, la *inimpshäre* o *geheimsphäre* alemana), la intimidad ha evolucionado históricamente⁶²⁴. Vida privada e intimidad no son expresiones sinónimas, porque lo íntimo es un núcleo más interno que privado. En el mismo sentido, CABEZUELO ARENAS defiende que la vida privada engloba todas aquellas manifestaciones que están apartadas de la proyección pública del individuo, del papel que cada cual está llamado a representar en la sociedad y en virtud del cual se imponen ciertos contactos o relaciones con terceros. Cuando se trata, por otra parte, de la intimidad se alude al marco en el que se desarrolla libremente la personalidad, sin ser observados por terceros. La intimidad reclama, pues, un mayor grado de reserva y llega a su extremo cuando se trata de un secreto⁶²⁵.

Centrándome en los textos constitucionales, en Brasil, en el *iter constituyente* se estableció la diferencia entre vida privada e intimidad en el inciso X del artículo 5º, de la Constitución de 1988, que señala que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”. No obstante la denominación constitucional de tales figuras jurídicas, la doctrina, siguiendo la jurisprudencia brasileña, ha elegido el uso de la expresión *direito à privacidade*⁶²⁶, lato sensu, para aludir a la intimidad y a la

⁶²⁴ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel: “Datos personales y protección del ciudadano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 87, 1997; p. 71-97 (p. 76).

⁶²⁵ CABEZUELO ARENAS, A. L. *El derecho a la intimidad...cit.*, p. 40.

⁶²⁶ Antes de la importación de tal término, al adjetivo *privado* o *privativo* le correspondía el sustantivo *privatividade* como relata JABUR (Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 255-6): “É comum referir-se à vida privada evocando os substantivos *intimidade* e *privacidade*. Os dicionaristas mais modernos tratam-nos como sinônimos. Privacidade é anglicismo, veio de *privacy*. Antes da importação do vocábulo, ao adjetivo *privado* ou *privativo* correspondia o substantivo *privatividade*. No campo prático, invocar um ou outro termo não implica qualquer minoração protetiva” (...) “Em visão mais técnica, o direito à vida privada posiciona-se como gênero ao qual pertencem o direito à intimidade e o direito ao segredo. A vida privada é a esfera que concentra, em escala decrescente, outros direitos relativos à restrição de vida pessoal de cada um, imposta na medida em que a intimidade se for restringindo”. El concepto de *privacy*, como relatado anteriormente por SALDAÑA DÍAZ, además de haber sido concebido en un ambiente cultural y jurídico muy distinto del brasileño, atiende a necesidades distintas. El *right to privacy* ocuparía el lugar del derecho general de la personalidad en la doctrina alemana, asumiendo, pues, un carácter demasiado amplio, en mi opinión, para que se aplicara literalmente a la sistemática jurídica de Brasil.

vida privada⁶²⁷. En la República Portuguesa, el artículo 26º.1 de la Constitución de 1976, establece que “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao

⁶²⁷Vid. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004; BITTAR, Carla Bianca. “A Honra e a Intimidade em face dos direitos da personalidade” *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.121 – 132; ATHENIENSE, Alexandre. “As transações eletrônicas e o direito de privacidade” in: *Fórum administrativo*, v.2, n.19, p.1170-1177, set. 2002; BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997; DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1990; JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; VIEIRA, S. Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*, São Paulo: J. de Oliveira, 2002; PAIVA, M. Antônio Lobato de. “Autodeterminação informativa” in: *Direito Administrativo: temas atuais*, Leme, SP: LED, 2003, p. 675-705; FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000; CACHAPUZ, M. C. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006; GONÇALVES, L. de Carvalho Ribeiro. “Abordagem constitucional do banco de dados” in: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v.2, n.7, p.56-68, fev./mar. 2006; RAMOS, A. de Carvalho. “O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil” in: *Revista de direito do consumidor*, n.53, p.39-53, jan./mar. 2005; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 20001; RODRIGUES, N. Cunha. “Direitos do consumidor e os arquivos de consumo” in: *Boletim dos Procuradores da República*, v.5, n.64, p.21-31, ago. 2003; DONEDA D. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; QUEIROZ, D. Duarte de. “Privacidade na Internet”, in *Direito da Informática Temas polêmicos*, Demócrito Reinaldo Filho (coord.), Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 81-96; COUTO, A.C. Felipe do. “Os cadastros restritivos de crédito” em: *Informativo jurídico consulex*, v.17, n.42, p.11, 20 out. 2003; CARVALHO, A. P. Gambogi. “O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos” in: *Revista de direito do consumidor*, n.46, p.77-119, abr./jun. 2003; LIMBERGER, T. “A informática e a proteção à intimidade” in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.8, n.33, p.110-124, out./dez 2000; CASTRO, L.F. Martins. “Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro” in *Revista CEJ*, v.6, n.19, p.40-45, out./dez. 2002; BRASIL LIMA, Marco Aurélio. “A responsabilidade civil do site que publica conteúdo de terceiros” in *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*, Regina Ribeiro Do Valle, (organizadora). São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 283-290; DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2003; EJNISMÁN, Marcela. W. “Privacidade possível na era digital” in *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*, Regina Ribeiro Do Valle (organizadora), São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 91-101; GUERRA, Sidney Cesar Silva. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004; OPICE BLUM, Renato M. S.; CARDOSO, Taysa Elias. “Políticas de segurança, privacidade e os tribunais” in *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*, Regina Ribeiro Do Valle, (organizadora). São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 153-157; PORTO MACEDO JUNIOR, Ronaldo. *Privacidade, Mercado e informação*. Em: *Revista de Direito do Consumidor*, n.31, p.13-24, jul./set. 1999; REINALDO FILHO, Demócrito. “A privacidade na sociedade da Informação” em *Direito da Informática, Temas polêmicos*, Demócrito Reinaldo Filho (coord.), Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 25-40; REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. “A central de risco de crédito do Banco Central: considerações sobre sua natureza e os riscos à proteção dos dados pessoais dos clientes bancários” in: *Consulex revista jurídica*, v.9, n.192, p.52-58, jan. 2005; SILVA, Fernando Cinci A.; RIBEIRO DO VALLE, Regina. “Direito Institucional: auto-regulação da internet” em *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*, Regina Ribeiro do Valle, (organizadora). São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 245-254; LEWICKI, Bruno. “Realidade refletida:

desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à *reserva da intimidade da vida privada* e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”. Un análisis literal del precepto muestra que la propia redacción del texto constitucional lusitano hace una neta distinción entre reserva, intimidad y vida privada. No obstante, la doctrina considera que el tenor gramatical de esa disposición no debe ser sobrevalorado⁶²⁸ y que tal distinción no es relevante, por no ser fácil delimitar la línea divisoria entre el campo de la vida privada y familiar que goza de reserva de intimidad y el dominio, más o menos, abierto a la publicidad⁶²⁹. Además, se argumenta que la utilización del concepto de “intimidade” no pretende disminuir la protección conferida, sino sólo depurar de este precepto la protección de la vida privada⁶³⁰. El Tribunal Constitucional lusitano, por su parte, no ha hecho, tampoco, tal distinción⁶³¹. Sin embargo, a pesar de que el derecho a la intimidad no merezca la amplitud que le ha dado la jurisprudencia estadounidense, que utiliza el *right to privacy* como una expresión paradigmática que engloba una gran parte de los derechos de la personalidad⁶³², lo que se constata, en tierras portuguesas, es que también se suele usar el término *privacidade*, como un concepto que comprendería tanto la vida privada como la intimidad⁶³³.

privacidade e imagem na sociedade vigiada” in *Revista Trimestral de Direito Civil RTDC*, v. 07, nº 27, p. 211-219, jul./set., 2006.

⁶²⁸ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. “A protecção da vida privada e a Constituição” in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2000 - vol. LXXVI (2000), p. 153-203 (p. 163).

⁶²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., vol. I. Coimbra Editora: Coimbra, 2007, p. 468; PINTO, Ricardo Leite. “Liberdade de Imprensa e vida privada” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, abril de 1994, p. 27-147 (p.104). A favor de una posible distinción CABRAL, Rita Amaral. “O direito à intimidade da vida privada” in *Separata de “Estudos em Homenagem ao Prof. Paulo Cunha”*, Lisboa, 1988, p. 30-31 y CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra Editora: Coimbra, 1995, p.316 y ss.

⁶³⁰ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância (Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães de 31.3.2004, Proc.415/04)” em *Cadernos de Direito Privado*, vol. 11, Jul/Set, 2005, p.47-62 (p. 57).

⁶³¹ Acórdãos 128/92 y 337/97.

⁶³² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada...cit.*, p. 290.

⁶³³ Vid: REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão*. Lisboa: Lex, 1998; MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância (Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães de 31.3.2004, Proc.415/04)” em *Cadernos de Direito Privado*, vol. 11, Jul/Set, 2005, p.47-62; ABREU, Luis Vasconcelos. “Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular: o caso do *big brother*” em *Revista do Ministério Público*, Ano 26, Jan-Mar 2005, nº 101, p.113-118, ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada da Comunicação Social*. Lisboa: Casa das Letras, 2005; CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO,

En España, la denominación más frecuente es la de *intimidad*, que es la que utiliza el artículo 18.1 de la Constitución de 1978: “Se garantiza el derecho al honor, a la *intimidad* personal y familiar y a la propia imagen”. No obstante, en España también se ha adoptado el vocablo *privacidad*, para hacer referencia a la “vida privada”⁶³⁴.

João Pedro. *Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005; CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação social*, vol. 1. Almedina: Coimbra, 2000; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., vol.I*. Coimbra Editora: Coimbra, 2007; MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra Editora: Coimbra, 2002; CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “Reality shows” e *Liberdade de Programação*. Coimbra Editora: Coimbra, 2003; CABRAL, Rita Amaral. “O direito à intimidade da vida privada” in *Separata de "Estudos em Homenagem ao Prof. Paulo Cunha"*, Lisboa, 1988; CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra Editora: Coimbra, 1995, PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. “A protecção da vida privada e a Constituição” in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000* - vol. LXXVI (2000), p. 153-203; PINTO, Ricardo Leite. “Liberdade de Imprensa e vida privada” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, abril de 1994, p. 27-147; PINTO, Paulo Mota. “O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993* - vol. LXIX (1993), p. 479 e ss; PINTO, Paulo Mota. “A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional” (relatório elaborado com a colaboração da Assessora do Tribunal Constitucional, Drª Raquel Reis) in *Conferência Trilateral Espanha, Itália, Portugal, 01-04 de outubro de 2006*.

⁶³⁴ SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO (Editor). *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1992; BELLO JANEIRO, Domingo. “La protección de datos de carácter personal en el derecho comunitario” em *Estudos de Direito da Comunicação*, António Pinto Monteiro (coord). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002, p.27-64; CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo I, vol. II*. Reus: Madrid, 1978; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Bosch Casa Editorial S.A: Barcelona, 1996; IGLESIAS CUBRÍA, Manuel. *Derecho a la intimidad*. Universidad de Oviedo, 1970; CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*. Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. *Derecho a la intimidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” in *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española*, Vol. 1, 1992, pags. 543-625; GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa. *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales*. Institut de Ciències Polítiques i Socials: Barcelona, 1994; FARIÑAS MATONI, Luis M.a. *el derecho a la intimidad*. Editorial Trivium: Madrid, 1983; GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. “Datos personales y protección del ciudadano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 87, 1997; p. 71-97; FAYOS GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Aravaca (Madrid): McGraw-Hill-Interamericana de España, 1998; RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. “La intimidad genética: perspectivas desde la autonomía individual” en *Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas* (coord. Antonio Ruiz de la Cuesta), Universidad de Sevilla, 2005, p. 225-244; GARCÍA GARCÍA, Clemente; GARCÍA GOMEZ, Andres. *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*. Murcia, 1994; GARCÍA GARCÍA, Clemente. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia: Universidad de Murcia, Departamento de Derecho civil, 2003; GARCÍA VITORIA, Aurora. *El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1983; HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Editorial Colex: Madrid, 1994; CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: calumnias e injurias*. DYKINSON: Madrid, 2004; MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2005; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. “La Protección de datos en la Administración

Advierte SALDAÑA DÍAZ que la noción de privacidad con la que se designa la protección de la esfera privada de la persona en los Estados Unidos no puede equipararse a la concepción de la intimidad imperante en el ámbito español e incluso europeo, de carácter más restringido, “de ahí que sea preferible recurrir al término de *privacidad*, que se aproxima en su acepción al significado y contenido más extenso del homólogo inglés, al identificarse con el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión⁶³⁵”. Sea como fuese, tanto la doctrina científica como la ley son conscientes de la distinción que puede haber entre vida privada e intimidad. Como resalta GONZÁLEZ MURÚA, al analizar la derogada Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (Ley 5/1992), “nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona - el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo -, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un

de Justicia” en *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Cuadernos de Derecho Judicial IX, 2004, p. 223-263; LOPÉZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid: 1996; MADRID CONESSA, Fulgencio. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Universidad de Valencia, 1984; MORALES PRATS, Fermín. “Protección de la intimidad: delitos e infracciones administrativas”, *La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)* (dir. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez), Cuadernos de Derecho Judicial, Nº. 13, Madrid, 1997 p. 39-86; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Editorial Tecnos: Madrid, 1990; PALOMINO, Rafael. *Derecho a la intimidad y Religión: la protección jurídica del secreto religioso*. Editorial Comares: Granada, 1999; PIERINI, Alicia; LORENCES Valentín, TORNABENE María Inés. *Hábeas data: derecho a la intimidad: derecho a informar, límites, censura*. Buenos Aires Universidad, 1999; RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos: Madrid, 1995; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. “El derecho a la intimidad” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 11-61; WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Madrid: Civitas, 1995; SALDAÑA DÍAZ (María). “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica” en *Araucaria: Revista Iberoamericana Filosofía, Política y Humanidades*, Año 8, Nº 18, Segundo semestre de 2007, p. 85-115; PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid, 2005, pg. 321 y ss.; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Civitas, Madrid, 1993; BEJAR, H. *El ámbito íntimo*. Alianza Editorial, Madrid, 1990; GÓMEZ PAVÓN, P. *La intimidad como objeto de protección penal*. Ediciones Akal, Madrid, 1989; MIGUEL CASTAÑO, Adoración de. “Libertad de información y derecho de intimidad: medios para garantizarla: Incidencia en el ámbito de la estadística, in: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense – RFDUC (Ejemplar dedicado a: Informática y derecho)*, n. 12, septiembre, 1986, p. 165-196.

⁶³⁵ SALDAÑA DÍAZ, María Nieves. “La protección de la privacidad en la ... cit., p. 88.

retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado⁶³⁶”. De cuanto antecede se infiere que el término español *intimidad* es más restrictivo y posiblemente más intenso que el inglés *privacy*⁶³⁷, y que el anglicismo *privacidad*, ante la adopción masiva por los países ibéricos y por Brasil, debe entenderse referido a la *vida privada*.

No obstante, hay que reconocer que es difícil delimitar y conceptualizar ambos conceptos, vida privada (privacidad) e intimidad. Una dificultad conceptual que, en todo caso, no puede propiciar un desmerecimiento de tal bien de la personalidad que debe ser eficaz y efectivamente tutelado, pese a que no se distinga o se confunda vida privada e intimidad. El dinamismo, que el ser humano tiene como característica ínsita a su personalidad hace que no se pueda establecer líneas o grados respecto a la intimidad del individuo, dificultando el establecimiento de un concepto claro. Las personas, por su individualidad, pueden ser más o menos comunicativas, introvertidas o extrovertidas, estableciendo todas ellas cauces para preservar su intimidad. Por ello, 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 poseerla⁶³⁸, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público⁶³⁹. Se está en presencia de 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

⁶³⁶ GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa. *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales*. Institut de Ciències Polítiques i Socials: Barcelona, 1994, *passim*.

⁶³⁷ MIGUEL CASTAÑO, Adoración de. “Libertad de información y derecho de intimidad...cit., p. 165-196.

⁶³⁸ 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*”.

⁶³⁹ STC Español 115/2000, de 05 de mayo, FJ8.

y social⁶⁴⁰. Esta volatilidad del bien jurídico, es decir, la mutabilidad de su contenido y la influencia del contexto socio-cultural, hizo que perdiera fuerza la eficacia del criterio espacial para definir lo que es intimidad, pues cuando el individuo abandona su domicilio, el derecho a la intimidad “le sigue”, sea cual sea el ámbito en el que se desenvuelva⁶⁴¹. En otras palabras, este derecho no se refiere a un sujeto localizado en un espacio físico determinado, pues acompaña a la persona independientemente del lugar donde se encuentre⁶⁴². Todos estos factores hacen que la labor de intentar conceptualizar la intimidad se convierta en una tarea casi insostenible. Sin embargo, es conveniente destacar algunas características de este bien de la persona, que lo distinguen nítidamente del derecho a la propia imagen.

Se ha discutido intensamente cuando surge la intimidad⁶⁴³. Como expresa RUIZ MIGUEL, la intimidad puede ser estudiada desde una triple⁶⁴⁴ perspectiva⁶⁴⁵. La intimidad como *fenómeno* distingue las dimensiones de la vitalidad, del alma y del

⁶⁴⁰ GARCÍA GARCÍA, Clemente; GARCÍA GOMEZ, Andres. *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*. Murcia, 1994, p.25

⁶⁴¹ Vid. European Court of Human Rights, Strasbourg Case of Von Hannover V. Germany, 24 June 2004, Third Section, *Application no. 59320/00*.

⁶⁴² MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada...cit., p.47-62 (p. 58).

⁶⁴³ RUIZ MIGUEL. *La configuración constitucional ... cit.*, p.31 e sig. El autor identifica varias teorías que plantean la génesis de la intimidad. A) Teoría Racionalista en la que PÉREZ LUÑO (intimidad-derecho) la visualiza en el periodo del racionalismo y del Iluminismo en conexión con la ascensión de la burguesía y, por otro lado TRUYOL y VILLANUEVA (intimidad-idea) vinculan la aparición de la noción de intimidad al cristianismo (autoconsciencia de la subjetividad), y, en particular, a Santo Agustino; B) Teorías Históricas, que siguen dos líneas básicas: b.1) La primera versa en torno de la propiedad. Se hace la conexión intimidad-propiedad burguesa. WESTÍN, con base en datos zoológicos, plantea la existencia de intimidad en el reino animal, justificando el instinto de territorialidad de incontestable parentesco con la noción de propiedad, en la medida que el instinto de territorialidad aparece también en el ser humano, representado generalmente en la propiedad. Este autor afirma que la intimidad no nace con la burguesía, mas con el ser humano; b.2) La segunda línea de argumentación estudia las tres perspectivas de la intimidad: como fenómeno, como idea y como derecho El fenómeno de la intimidad aparece en todas las sociedades humanas, pues tiene una vertiente natural y otra histórica. Sobre esta corriente FARIÑAS MATONI indica rumores del tal bien de la personalidad en civilización hindú, en el jainismo, en el budismo y en los libros canónicos chinos. Séneca, filósofo cordobés, retrató la contraposición entre el individuo inmerso en los negocios o ocupaciones exteriores (*ad alia, ad alios*) y el individuo que vive su vida retirado y dedicado al saber (*ad animum, ad se*). Sería el precursor del método introspectivo cuando quiso aludir a su interior se refería a *intus* (dentro), adjetivo que se deriva do superlativo *intimus*. No se puede, de acuerdo con este razonamiento, decir que en Roma se desconocía la idea de intimidad. TERUEL CARRALERO identifica en el derecho romano una protección jurídica a la correspondencia, pues su violación resultaba en dos acciones: la *actio iniuriarum* y la *actio furti*. La ley de las XII Tablas establecía que la citación de una demanda judicial era un acto violento y que, por tanto, no se podía entrar en la casa del ciudadano para hacerla.

⁶⁴⁴ RUIZ MIGUEL. *La configuración constitucional ... cit.*, p. 26.

⁶⁴⁵ FARIÑAS MATONI (L. M., *El derecho a la intimidad*, Editorial Trivium: Madrid, 1983, *passim*) estudia el origen teológico, filosófico y el científico-jurídico del derecho a la intimidad.

espíritu, pero, por este motivo, resulta difícil la constatación de tal concepción, ya que las diferencias teológicas de cada comunidad son apreciables. La *idea* de intimidad revela un sentimiento instintivo de la persona, de modo que puede estar realizando actos de intimidad sin que haya tomado consciencia de ello. La intimidad, pues, sería un instinto y la forma de consciencia sobre la intimidad podría ser demasiado volátil o estar incluso ausente en las comunidades⁶⁴⁶. Es más adecuado, desde mi punto de vista, que se reconozca la intimidad como *derecho*, pues será identificada cuando haya normas o discusiones jurídicas sobre tal bien de la personalidad.

De hecho, la reserva del individuo y de sus propios asuntos, sin que los hiciera públicos, no fue tan apreciada en la Antigüedad Clásica. Como ya se ha visto en el apartado dedicado al recorrido histórico de los derechos de la personalidad, la vida de la persona era preferentemente social y se desarrollaba en espacios públicos⁶⁴⁷. Resalta CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ que los griegos veían la esencia del individuo en el ser político, pues en la democracia ateniense era fundamental la participación de todos los ciudadanos para la eliminación de la frontera entre la vida pública y la vida privada. Al ciudadano ateniense le repugnaba la descripción de su intimidad personal⁶⁴⁸. Como indica SAHM, en la concepción de los griegos, una vida centrada en la privacidad (*one's own*), distante del mundo de las personas comunes, era considerada idiota⁶⁴⁹. El vocablo privacidad indicaba literalmente privación de algo, lo que llevaba a clasificar como no usual este modo de comportamiento humano. Observa CAMPOS LEITE que “(...) a casa era uma parte da rua, com a qual não tinha fronteiras. A sociabilização dos mais novos era feita na rua, em contato estreito com as casas dos outros; o parlatório era na rua-sala-de-visitas (<<as mulheres no soalheiro>>); era na rua que os homens conversavam. A vida pessoal, familiar, estava completamente exposta, controlada por

⁶⁴⁶ Se suele afirmar que ciertos aspectos de la intimidad se encuentran prácticamente en todas las sociedades humanas. Se pueden, pues encontrar múltiples ejemplos de sociedades primitivas y modernas que no admiten normas sobre la intimidad. Ello sugiere que cada sociedad debe ser analizada por su idiosincrasia, enfocando las costumbres sociales para saber si existen normas sobre la intimidad que son designadas con otras palabras. Por ello, existe una cierta dificultad en hacer comparaciones interculturales.

⁶⁴⁷ *Vid.*: Capítulo I, epígrafe 1.4

⁶⁴⁸ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *op. cit.* p. 19.

⁶⁴⁹ SAHM, Regina. *Direito à imagem no...* cit., p. 148.

todos através de uma rede social difusa que observava os comportamentos e punia os desvios ao modelo dominante⁶⁵⁰.

Sin embargo, en la Edad Media, por la propia característica del modo de vida de este período medieval, el aislamiento se tornó un privilegio de las más altas esferas de la nobleza o de aquellos que por libre elección o necesidad renunciaron a la vivencia comunitaria⁶⁵¹. Esta posibilidad de aislamiento paulatinamente se hizo más creciente a medida que las condiciones sociales y económicas condujeron al desarrollo de los núcleos urbanos. La intimidad surge, pues, con la disgregación de la sociedad feudal⁶⁵². La reserva se va configurando como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos, de ahí que los caracteres, que desde sus inicios van conformando la idea moderna de intimidad, se hallen estrechamente vinculados a las necesidades y a la ideología de la clase social que la reclamó⁶⁵³. El origen histórico de la idea de intimidad, así entendida, surge, en opinión de la doctrina mayoritaria española, en el mismo momento en que se construye el Estado Liberal y aparece una burguesía estructurada y que se consagra el individualismo⁶⁵⁴. La distinción

⁶⁵⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. “Lições de direitos da personalidade”...cit., p.129-223.

⁶⁵¹ Argumenta REBELO (Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil*...cit., p. 72 y ss.) que: “Poder-se-ia vincular a aparição do direito à intimidade a Sto. Agostinho (sec. IV-V) que menciona, pela primeira vez, a intimidade no seu livro das Confissões, onde desenvolve a doutrina da interioridade. Supõe a liberação do indivíduo enquanto tal, e afirma-se no direito à solidão. A intimidade seria um prolongamento da propriedade, ou a propriedade seria uma condição para aceder à intimidade. No século XIII, São Tomás de Aquino afirma que a intimidade é o núcleo mais oculto das pessoas, e só quando esta intimidade é manifestada publicamente pela pessoa, pode ser julgada e valorada pelas restantes pessoas; mas se é manifestada em privado ou em segredo a outra pessoa concreta, há que continuar a respeitá-la”. No obstante, se percibe que se trata, pues, de una manifestación de la idea de intimidad, como también la tuvo Martín Lutero cuando protestó para tener su propia interpretación de su religiosidad.

⁶⁵² RITA AMARAL CABRAL (“O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil)” in *Separata dos Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1988) informa que la mayoría de los autores cita como el más remoto precedente para el derecho a la intimidad una sentencia francesa de 1384, el caso *I de S. et uxor vs. De S.* El reo quiso comprar vino de madrugada y batió en la puerta de una taberna de propiedad de los autores. Como no lo atendieron, el demandado golpeó la puerta con un machado en la ventana de la casa de los dueños de la taberna. La sentencia le condenó al reo a pagar una indemnización por los males causados, no obstante no haya sido comprobado en el proceso que hubo daños materiales graves.

⁶⁵³ Se invocó la tutela de la intimidad como reflejo del derecho de propiedad, representado por la inviolabilidad de domicilio, que sería un dominio privado del individuo. En este sentido es que se formuló en el *Common Law* el principio *man’s house is his castle* (Lord COKE, en 1604), consagrado en Inglaterra en el inicio del siglo XVII: “El lar del ser humano es su castillo”.

⁶⁵⁴ Entre otros, PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho*...cit., pg. 321 y ss.; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. *El derecho a la intimidad*...cit., p.40 y ss.; MURILLO DE LA CUEVA, P. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*...cit., p. 49 y ss.; BEJAR, H. *El ámbito íntimo*...cit., p. 58 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, P. *La intimidad como objeto de protección penal*...cit., p. 12 y ss.

entre vida pública y vida privada se torna más notoria cuando emerge la nación-Estado y cuando se crean las teorías de los siglos XVII y XVIII, que engendraron una idea de “esfera pública”, delimitando, por ende, una “esfera privada” libre de la injerencia estatal. La materialización de la necesidad de salvaguardar un ámbito de independencia del individuo se produce en un momento posterior y es consecuencia de la orientación individualista del Estado Liberal, pues se comienza a considerarla como un presupuesto para la libertad individual. En efecto, el triunfo de la clase burguesa permitió, durante la segunda mitad del siglo XIX, partiendo del postulado del derecho a la propiedad, la consagración de un espacio privado necesario al ser humano, a su personalidad⁶⁵⁵. La idea burguesa de intimidad está pensada para su ejercicio por grupos selectos, sin que exista una preocupación por hacerla llegar a los estratos más humildes de la población. Se excluye, por lo tanto, a los obreros del disfrute de este derecho⁶⁵⁶. La reducción de la protección jurídica a un espacio reservado al individuo en los ordenamientos eminentemente patrimonialistas hizo de tal bien de la personalidad una prerrogativa reservada a las clases sociales elevadas. Las demandas planteadas contra la ofensa a este derecho usualmente tenían como protagonistas personas con una determinada proyección social o patrimonial, corroborando el elitismo de su ejercicio jurídico. Prueba de ello son las decisiones de los tribunales de la época, aportadas en el apartado dedicado a la construcción jurídica del derecho a la propia imagen⁶⁵⁷: Prince Albert Vs. Strange (1849) y el caso Rachel (1858). En este contexto, la delimitación del espacio personal se configura como una aspiración de la clase burguesa, hasta que se inicia la revolución industrial. Esta concepción individualista del espacio reservado al individuo

⁶⁵⁵ ALCARAZ, Hubert. “El derecho a la intimidad ...cit., p.06-28.

⁶⁵⁶ RUIZ MIGUEL, (*op. cit.*, p. 33) analiza que el crecimiento de las ciudades en el período de la Revolución industrial se hizo de forma rápida y sin planeamiento, lo que produjo unas precarias condiciones de vida en los barrios ocupados por las clases trabajadoras. “En Manchester, en 1893 los barrios obreros disponían de un servicio para 212 personas. En Madrid, 1897, la décima parte de la población vivía en 438 casas de vecindad”. De ello se concluye la dificultad de establecer los contornos de la intimidad. Ortega escribió sobre el fenómeno de la progresiva publicitación de la vida y su socialización, pero quedaba prohibido aparte toda propiedad privada. Sostuvo que el medio urbano, debido a sus fuertes concentraciones demográficas determinó unos comportamientos específicos caracterizados por unas relaciones secundarias (que predominan sobre las primarias) que son impersonales, segmentarias, superficiales y transitorias, generando consecuencias nocivas, convirtiendo el individuo en anónimo, aislado y complejo: el fenómeno del individualismo. La magnitud y la densidad de los asentamientos humanos, así como su heterogeneidad son factores que producen soledad y, en esa medida, facilitan el surgir de la intimidad.

⁶⁵⁷ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.1

alcanzaría su glorificación en la Inglaterra del siglo XIX⁶⁵⁸, siendo el hogar el punto de refugio, y quizás sea a partir de esa época cuando se inicia la separación *jurídica* entre el privado y el público⁶⁵⁹.

Una de las primeras manifestaciones doctrinales al respeto tuvo lugar en la conferencia pronunciada en el Ateneo de París, en febrero de 1819, por BENJAMIN CONSTANT⁶⁶⁰. CONSTANT afirmarí que la libertad de los antiguos consistía en ejercer, de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía, en deliberar en la plaza pública, pero a la vez en lo que los antiguos llamaban libertad a todo esto, admitían como compatible con esta libertad colectiva la completa sumisión del individuo a la autoridad del conjunto. En las ciudades-estado griegas, la separación entre lo público y lo privado se identificaba en la distinción entre lo que era común a los ciudadanos libres (esfera de la *polis*) y lo que era particular a cada individuo (esfera del *oikos*). La dicotomía entre lo público y lo privado era explicada, pues, por la propia distinción política y la distribución de actividades de la persona dentro del espacio de convivencia. Todas las actividades privadas estaban sometidas a una feroz vigilancia: nada se dejaba a la independencia individual. La autoridad intervenía incluso en las relaciones domésticas. Así, el individuo, soberano casi siempre en los asuntos públicos, era un esclavo en todas las cuestiones privadas. Por el contrario entre los modernos, el individuo independiente en su vida privada, no es soberano más que en apariencia, incluso en los Estados más libres. Nuestra libertad debe consistir en el disfrute apacible de nuestra independencia privada, sin llegar a sacrificarla a los derechos políticos, como ocurría en la antigüedad. La construcción de la esfera reservada, la idea de libertad

⁶⁵⁸ Resalta CAMPOS (Diogo Leite de. *Nós: estudos sobre o direito das pessoas*. Almedina: Coimbra, 2004, p. 100) que el ser humano vivió hasta el fin del siglo XVIII, y también gran parte del siglo XIX, una vida esencialmente pública. Cada ser y su familia se representaban integrados en un orden universal, en el cosmos, ordenado por Dios. Todos debían pensarse, cada cual en su función y lugar, participando en un orden universal creado por Dios.

⁶⁵⁹ Informa CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ (*op. cit.*, p.21) que RÖDER en 1848 plantea como contrarios al derecho natural a la vida privada los actos: “acosar a alguien con preguntas indiscretas” o “entrar en un aposento sin hacerse anunciar”. En el mismo sentido, PINTO (Ricardo Leite. “Liberdade de Imprensa e vida privada”...cit., p. 27-147) plantea que “a chamada idade do ouro da intimidade coincide com a época vitoriana na Inglaterra. Até certo ponto, o século XIX assiste, em paralelo com a revolução industrial e o crescimento das cidades, pelas migrações das populações rurais para as grandes urbes, à ideia do culto da intimidade. Tratava-se de um direito, mas também de um dever: o dever de ocultar certas partes do corpo, por exemplo”.

⁶⁶⁰ CONSTANT, Benjamin. “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos” en *Escritos Políticos*. Traducción, estudio preliminar y notas de María Luisa Sánchez Mejías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 257 y ss.

como autonomía individual, antes que como participación y búsqueda del equilibrio entre lo público y lo privado, constituye el reto principal de la concepción de los derechos de nuestro tiempo.

Sin embargo, es forzoso reconocer que el gran impulso teórico y práctico de la aplicación del referido derecho se da con el ya anteriormente comentado artículo de WARREN y BRANDEIS⁶⁶¹. El objetivo de estos autores fue investigar la existencia de algún principio jurídico que pudiera ser invocado para amparar la vida privada de las personas. Partiendo de la premisa de que la protección de la persona y de la propiedad era un principio antiguo, consideraron que el *common law* aseguraba a cada individuo el derecho a determinar hasta qué punto sus pensamientos, sentimientos y emociones deberían ser comunicados a otras personas. Concluyeron que el *right to privacy* emergía de un principio garantizador de la inviolabilidad de la personalidad; empero, sostenían que la publicación de los hechos de interés público o general no podía ser impedida. Así

⁶⁶¹ Comenta MANUEL MEDINA GUERRERO (*La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2005, p.11) que aunque sea indudable la enorme influencia del artículo, su incidencia real en la práctica jurídica estadounidense es mucho más limitada, pues la protección que goza la vida privada de un estadounidense frente a los medios es muy inferior a la que disfruta un ciudadano de la Europa continental. Además, los autores del mencionado artículo mostraron un buen conocimiento del derecho alemán y, sobre todo, francés en materia de difamación, al paso que James Q. Whitman sostiene que la contribución de estos autores no pueda valorarse “como una gran innovación estadounidense, sino como un fallido trasplante continental” (“The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty”, *Yale L. J.*, vol. 113, April 2004, pg. 1.202 y ss.). Analiza FAYÓS GARDÓ (Antonio. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p.25-32) que los autores recurren al *common law* y buscan precedentes judiciales que apoyen la pretendida existencia de un derecho a la *privacy*. Examinan diversos casos ingleses sobre derecho de propiedad, sobre patentes, sobre difamación y sobre *breach confidence*. Del estudio de la decisiones judiciales y, de modo principal, del caso inglés del año de 1848, *Prince Albert vs Strange*, llegan a la conclusión de que existe un auténtico *right to privacy*. WARREN y BRANDEIS entienden que aunque los tribunales basan sus sentencias en los derechos de propiedad, en algunos supuestos aplican una doctrina más liberal, porque en realidad lo que buscan es proteger a las personas frente a actos ajenos que invadan su vida privada. Citan el uso de la palabra *privacy* en la sentencia del caso del príncipe, donde se dice expresamente que *privacy is the right invaded*. Dan ejemplos de otros casos pero admiten que los tribunales han aplicado ya el *right to privacy* en distintos supuestos, aunque lo denominen de otra forma. Fayos Gardó cita a PRATT (W. F. PRATT. “The Warren and Brandeis argument for a right to privacy”, *in Public Law*, 1974-75, p. 72) quien afirma que Warren y Brandeis estaban equivocados y que la argumentación no se sostenía en sus propias pruebas. Sustenta, pues, que no se puede encontrar ningún precedente inglés de aplicación del *right to privacy*, pues los casos, en su mayoría, se resuelven con fundamento en el derecho de propiedad. Fayos Gardó afirma que pocos autores que han estudiado y alabado este artículo se han parado a examinar las sentencias citadas y comprobar, por tanto, que a pesar del peso y del prestigio, WARREN y BRANDEIS se equivocaron en su demostración. Es más exacto decir, concluye el autor, que el artículo condujo a la creación de un derecho, no que lo descubrió. El logro de este artículo fue discernir que la vida social requiere una protección legal tanto para los aspectos propietarios de la personalidad, como para los elementos que no tienen ese carácter.

fue construida la doctrina estadounidense, del *right of an individual to live a life of reclusion and anonimity*, en íntima conexión con la tutela jurídica del *right to privacy*⁶⁶².

Posteriormente, la doctrina alemana acuñó la teoría de las tres esferas (*Sphärentheorie*), una tesis que marcó la jurisprudencia constitucional de la República Federal de Alemania. De acuerdo con esta teoría, inicialmente esbozada por HEINRICH HUBMANN (1957), cabría diferenciar tres esferas dotadas de diversos niveles de protección, de tal modo que cuanto más se acerque el dato revelado al núcleo de lo íntimo, mayor relevancia deberá exigirse a la información para que se considere que su difusión es constitucionalmente legítima. Se distinguen así: 1) una esfera íntima (*Intimsphäre*), que corresponde al ámbito más recóndito y secreto de la persona; inciden en este ámbito aquellas informaciones que se relacionan con el ámbito vital interno de las personas, especialmente su vida sexual así su vida sentimental; se entiende que afectan a esta esfera aquellos datos referidos al ser físico y al “no ser” del individuo: enfermedad, nacimiento, muerte, vida sexual; 2) una esfera privada (*Privatsphäre*), que hace referencia a la vida personal y familiar, y que abarca cuestiones que afectan a la vida doméstica y al círculo de los familiares, amigos y estrechos conocidos; se salvaguardan, pues, frente a la prensa asuntos relativos a la vida privada como la situación familiar y sus cambios, los problemas de salud, la adicción al alcohol, la creencia religiosa o la pertenencia a sectas, datos como el volumen de ingresos, la situación patrimonial o el lugar de residencia pueden estimarse comprendidos en esa esfera si se considera un riesgo para el interesado; y 3) una esfera individual (*Individualsphäre*), que cubre cuanto define la peculiaridad o individualidad de una persona y que ha de concebirse negativamente como todo aquello que no está comprendido en las dos esferas anteriores; se refiere fundamentalmente al ámbito de las relaciones de una persona en su entorno social. En línea de principio, se permite en esta “esfera” una amplia capacidad de divulgación de informaciones, siempre y cuando no se trate de datos falsos o lesivos del derecho al honor. Esta teoría resultó de utilidad desde el momento en que permitió a los tribunales realizar una ponderación orientada por parámetros y criterios objetivables, permitiendo así la previsibilidad de las resoluciones

⁶⁶² WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad...cit., passim.*

judiciales. Sin embargo, la debilidad de esta teoría reside en el hecho de que no se puede trazar una línea nítida entre las diversas esferas⁶⁶³. Además, la rigidez conceptual de la teoría de las esferas no permite responder a la variada serie de casos que la tutela de la intimidad puede suscitar, pues sólo conceptúa *a posteriori* los resultados a que se llegó por otras vías argumentativas⁶⁶⁴. Al margen de esta crítica, la referida teoría evitó que la jurisprudencia, recaída sobre estas controversias, se revelase extremadamente casuística.

En la evolución jurídica de este tema, no puede pasarse por alto la construcción doctrinal de William LLOYD PROSSER (1960)⁶⁶⁵, que sugiere que la protección del *right to privacy* a través de cuatro categorías de vulneraciones, rompiendo la unidad que a este derecho le reconocieron WARREN y BRANDEIS⁶⁶⁶. Estas categorías serían: (i) *intrusion (intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs)*, que se identifica con la ofensa al ámbito de retiro de la persona, con la soledad o con asuntos privados independientemente de los medios utilizados (físico, visual o electrónico). Se quiere evitar intromisiones tales como escuchas ilegales, obligar a alguien a que se someta a un análisis de sangre, intromisiones en cuentas bancarias; (ii) *public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff*, divulgación pública de hechos privados aptos para causar incomodidad a la persona, el más cercano al derecho a la intimidad; (iii) *publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye*, divulgación pública de hechos falsos o inexactos imputados a una persona, que tergiversan su personalidad y (iv) *appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness* apropiación de los atributos de la personalidad sin el consentimiento del interesado, con la intención de obtener lucro⁶⁶⁷. BLOUSTEIN

⁶⁶³ MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad...* cit., p. 14-18.

⁶⁶⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada...* cit., p. 290

⁶⁶⁵ PROSSER, W. L. "Privacy", in *California Law Review*, nº 3, 1960, August, Vol. 48, pp.383-423 y PROSSER; KEETON. *The law of Torts*, ed. West Publish Co., St. Paul, Minn., 1984, p. 850 y ss., *apud* FAYOS GARDÓ, A. *Derecho a la intimidad...* cit., p. 41.

⁶⁶⁶ Tal clasificación goza de una general aceptación, pues ha sido asumida por el *Restatement of Torts*, que son, como relata FAYOS GARDÓ (*Derecho a la intimidad...* cit., p. 42), libros editados por el prestigioso *American Law Institute*, que desde 1932 formula proposiciones – al estido de un código – condensando las principales doctrinas y principios de distintas ramas del derecho de los Estados Unidos.

⁶⁶⁷ FAYOS GARDÓ (*Íd.*, p. 98) sostiene que en teoría subsisten la apropiación como derecho a la intimidad, y el *right to publicity* como un derecho de propiedad. Empero, en la práctica, lo que se está produciendo es la transformación del concepto del derecho a la propia imagen desde una perspectiva de derecho de la personalidad a un derecho exclusivamente de naturaleza patrimonial. Ello porque, históricamente, los tribunales norteamericanos eran reacios a admitir demandas de protección del derecho

contestaría al Decano PROSSER cuatro años más tarde, aduciendo que su estudio era excesivamente patrimonialista⁶⁶⁸. A su vez, presenta la *privacy* como un aspecto de la dignidad humana, que supone un desarrollo de la inviolabilidad de la personalidad y no de la propiedad, entendiendo que los casos incluidos en la violación de la *privacy* forman una sóla pieza y encierran un único ilícito. En mi opinión, la intención de PROSSER, de establecer unos criterios de identificación de las posibles ofensas a la *privacy* desconoce el dinamismo que encierra el concepto de este derecho en Estados Unidos. Entendida tal clasificación como absoluta, deben compartirse la tesis de unicidad del derecho propuesta por BLOUSTEIN.

Ahora bien, expuesto este sucinto boceto descriptivo del desarrollo de la teoría de la intimidad, se puede identificar como el núcleo primogénito del derecho a la intimidad, la facultad concedida al individuo, oponible *erga omnes*, de rechazar el conocimiento de aspectos de su vida personal que no desea transmitir a terceros. Efectivamente, la justificación lógica de la *intimidad* se encuentra en la proyección de los principios de la libertad y de la dignidad. La dignidad humana confiere a la persona, en cuanto ser inteligente, libre y responsable, una autonomía necesaria para conducir su vida con relación a los valores que absorbe, a los fines que se propone, a la tomada de decisiones y a la reflexión de los resultados de sus actos. Dicha autonomía presupone que cada persona posee un ámbito íntimo, en el que puede retirarse, reflexionar y que los demás no puedan violar, sea conociéndolo ilícitamente, documentándolo, divulgándolo, molestándolo o sacando algún provecho: se trata, pues, del derecho de estar sólo (*right to be alone*)⁶⁶⁹. El derecho a la intimidad se convierte, por tanto, en una pretensión de *aislamiento moral*, en la posibilidad de sustraer al individuo del conocimiento abusivo de los extraños, y se configura, en última instancia como un derecho a la autodeterminación en lo concerniente a su persona⁶⁷⁰. Es cierto que para que se disfrute de una vida libre y digna, es necesario disponer de un ámbito de

a la intimidad relativas a personajes famosos, ya que se suponía que éstos, al promocionarse a un status público, habían renunciado a su derecho a la intimidad.

⁶⁶⁸ BLOUSTEIN. "Privacy as an aspect on human dignity. An answer to Dean Prosser", in *New York Law Review*, 39, p. 962-1007, 1964, *apud* HERRERO-TEJEDOR (*Honor, intimidad y propia imagen...* cit., p. 86.

⁶⁶⁹ CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação social...* cit., p. 594.

⁶⁷⁰ GARCÍA VITORIA, Aurora. *El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1983, p. 17 y ss.

individualidad, de un ámbito exento de interferencias, a fin de que la persona desenvuelva sus convicciones, resguarde sus pensamientos, sentimientos y resoluciones. En la vida social, el ser humano construye su propia individualidad, manifestada por su personalidad. Es cierto, también, que los valores sociales delimitan los hábitos individuales, en algunas personas menos y en otras personas más. El temor a las reacciones negativas de la sociedad motiva el recelo a la sobreexposición pública. Por ello, los valores sociales también estimulan, de forma contundente, los sentimientos individuales de reclusión y de reserva, pues, las decisiones que dicen respeto a la propia vida son afectadas, de cierto modo, si expuestas al análisis ajeno⁶⁷¹. La intimidad resulta, por tanto, indispensable para ponderar la tensión que la presencia de los demás inevitablemente produce. El individuo necesita tener una libertad personal para el ejercicio de su intimidad, conveniente e imprescindible para cualquier decisión personal (política, económica, afectiva, social, etc.)⁶⁷². Por ello, se ha de concluir que la protección que reivindicaba la intimidad comprende los supuestos aspectos que el titular quiere, *ad libitum*, excluir de divulgación, es decir, un “direito a uma área de acesso limitado, uma *zona pessoal*, em nome de valores como a dignidade, a individualidade, a autonomia, a confiança e mesmo o bem estar físico e psicológico⁶⁷³”. De hecho, el concepto inicial de intimidad se concentró en delimitar una línea de distanciamiento respecto al ámbito social global en el que se desenvuelve el individuo, reservando para sí y para su familia un espacio ideal, que no puede ser invadido por los deseos de averiguación y observación de los demás⁶⁷⁴. Sería el derecho a la intimidad, por tanto, la respuesta jurídica a este interés de que cada persona delimite un ámbito en el cual pueda libremente desarrollar su personalidad, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo. Se traduce el derecho a la intimidad en la exigencia existencial de vivir al margen de un indebido control, vigilancia o espionaje⁶⁷⁵. Desde estas premisas se produce, inevitablemente, la coincidencia de la intimidad con la soledad y el aislamiento⁶⁷⁶, pues la intimidad, desde esta perspectiva, se define como la exigencia moral de la personalidad del individuo de

⁶⁷¹ SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luís García. “Reflexiones sobre la intimidad...cit, p. 15-35.

⁶⁷² CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. “A disciplina normativa brasileira...cit, p. 56-84.

⁶⁷³ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*cit., p. 793.

⁶⁷⁴ ESPINAR VICENTE, José María. “La primacía del Derecho a la información sobre la intimidad y el honor” en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, San Miguel Rodríguez-Arango (Editor), Madrid, Tecnos, 1992, p. 46-67.

⁶⁷⁵ UICICH, Rodolfo Daniel. *Los bancos de datos y el derecho a la intimidad*. AD-HOC: Buenos Aires, 1999, p. 34.

⁶⁷⁶ PÉREZ LUÑO, António-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho ...*cit, p. 355.

limitar la indiscreción ajena en los asuntos privados. Dicho instituto, tiene por objeto amparar a la persona de los riesgos que provienen de la presión social niveladora y de la fuerza del poder estatal. A partir de este núcleo substancial, algunos aspectos de la intimidad son protegidos por la vía de defensa (*status negativo*), tales como la inviolabilidad del hogar, la protección de las comunicaciones escritas u orales, de las costumbres personales, del comportamiento, es decir, de todos los hechos y actos; mejor dicho, de las actividades personales que no interesan a la colectividad⁶⁷⁷. Dicho *status* de la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado, frente a la acción y conocimiento de los demás, extendiéndose este derecho no sólo a los aspectos de la propia vida personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con los que tiene una estrecha vinculación familiar⁶⁷⁸.

No obstante, la noción de intimidad, como se ha visto, establecida sobre las bases técnico-jurídicas del derecho al aislamiento, el *ius solitudinis*, y situada en el plano de la autoconsciencia y de la propia personalidad del individuo, ha sido progresiva y paulatinamente incrementada, dadas sus proyecciones jurídicas⁶⁷⁹. Esta

⁶⁷⁷ En 1967, el Congreso de Juristas Nórdicos sobre el Derecho a la Intimidad, como informan GARCÍA GARCÍA, Clemente; GARCÍA GOMEZ, Andres (*Colisión entre el...cit.*, p. 26 y ss.), propuso una lista de diez formas diversas en que puede ser atacada la intimidad. Se entró en un plano mucho más descriptivo que conceptual, reclamándose una protección del individuo contra: 1) toda injerencia en su vida privada, familiar y domésticas; 2) todo ataque a su integridad física o mental o a su libertad moral o intelectual; 3) todo ataque a su honor o a su reputación; 4) toda interpretación perjudicial dada a sus palabras o a sus actos; 5) la divulgación innecesaria de hechos embarazosos referentes a su vida privada; 6) la utilización de su nombre, de su identidad o de su imagen; 7) toda actividad tendente a espiarle, vigilarle o acosarle; 8) la interceptación de su correspondencia; 9) la utilización maliciosa de sus comunicaciones privadas, escritas y orales; 10) la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas por él bajo secreto profesional. Se discutió, pues, los constantes peligros a los que era sometida la vida privada, dado el avance tecnológico y la crecente demanda por parte de los medios de comunicación de contenidos informativos que versasen sobre la vida personal y familiar de las personas. Tal enumeración ha tenido su relevancia, pues se detectó una serie de campos que integrarían la *esfera privada*, señalando varias definiciones de contenidos, para desde ahí inducir un concepto más abstracto de intimidad.

⁶⁷⁸ CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad...cit.*, p. 85.

⁶⁷⁹ Como reconoce GONZÁLEZ MURÚA (Ana Rosa. *El derecho a la intimidad...cit.*, *passim*) ante el fenómeno de la informática, el derecho a la intimidad era una libertad fundamental perfectamente estudiada, nacida como categoría jurídica del siglo pasado y totalmente definida, acotada, documentada. Sustentó MADRID CONESSA (Fulgencio. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Universidad de Valencia, 1984, *passim*) que la irrupción de las nuevas tecnologías de la información, en la estructura social, implicó la posibilidad de atentados absolutamente intolerables al derecho a la intimidad. Advirtió que caso no se diera una rápida intervención legislativa en este tema, podría llegarse a producir la desaparición total de tal derecho y, con ella, la imposibilidad de ejercer la mayor parte de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Justificó MORALES PRATS (“Protección de la intimidad: delitos e infracciones administrativas”, *La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)* (dir. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez), Cuadernos de Derecho Judicial, Nº. 13, Madrid, 1997 p. 39-86) que la ampliación de la tutela de la intimidad en el CP de 1995 se dio por

evolución se aprecia claramente en el concepto jurídico propuesto por WESTIN (1967), que define la *privacy* como siendo el derecho de los individuos, grupos o instituciones para determinar por sí mismos, cuándo, cómo y con qué extensión la información acerca de ellos que puede ser comunicada a otros (*right to control information about oneself*)⁶⁸⁰. La elaboración jurídica de la intimidad ha sido, pues, trasladada desde la esfera del *ius solitudinis* hasta las relaciones sociales. La sociedad moderna, basada en la diferenciación, en la objetivación de papeles, en la abstracción y en la generalización de expectativas y, por ello, dominada por la tensión para la conformidad y el control, coloca al individuo en una situación de *homeless*⁶⁸¹. El concepto de intimidad, de este modo, emerge del filosófico fuero interno, intrasubjetivo, estático, de la mismidad al fuero externo, dinámico, práctico, de alteridad, respetados, pues, sus implicaciones intersubjetivas⁶⁸². Este cambio conceptual tuvo por finalidad conferir a la intimidad la posibilidad de aplicación práctica, pues un concepto que no trascendiera al ámbito de la socialibilidad, esto es, de la convivencia, podría carecer de relevancia jurídica⁶⁸³. Por ello, los teóricos adicionaron a la delimitación conceptual del derecho a la intimidad, antes referido a la facultad de aislarse, el poder de control sobre las informaciones personales. Tal dilatación conceptual se conecta a la capacidad de interacción de la persona humana, asumiendo ésta una postura de sujeto socializado, que no renuncia, no obstante, a su individualidad. Esta afirmación está justificada por el hecho de que la humanidad está integrada por sujetos que se componen de una dimensión individual y otra social, pues la individualidad y la socialización se modulan y se condicionan recíprocamente. La personalidad se vincula al contexto socio-político en el que está la

varios factores político-criminales, destacando: a) el desarrollo tecnológico de las nuevas formas de control del individuo, b) la recepción de la cultura anglosajona sobre el derecho a la *privacy*, incluyendo el sentido positivo de este derecho y no sólo el negativo, c) la superación de la teoría de las esferas; d) el contenido amplio de la intimidad: domiciliaria, libertad y confidencialidad de comunicaciones privadas.

⁶⁸⁰ WESTIN, Alan F. *Privacy and Freedom*. Atheneum, New York, 1967, *apud* LOPÉZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina. Dykinson, Madrid: 1996, p. 188.

⁶⁸¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...* cit., p.88.

⁶⁸² Hace FARIÑAS MATONI (L. Ma. *El derecho a la intimidad...* cit., p. 264) una comparación a este aspecto de la intimidad con el narcisismo: “la intimidad de Narciso es recrearse, deleitarse en la propia soledad, corrigiendo el riesgo de morir por ella a causa de ella, como Narciso que, de tanto contemplarse en aquel lago, en él se ahogó. La propia contemplación de nuestra propia intimidad también puede ahogarnos, porque la intimidad no se concibe sin los otros, aunque no sea más que para esgrimirla frente a ellos. El aislamiento puede ser morboso y patológico. Hay soledad penosa y soledad fecunda como la del artista, la del filósofo, la del científico, soledades que no son narcisistas, sino útiles, para producir, para crear, como útil también es la soledad en la que se recoge para descansar, para reponer fuerzas, para huir por unos instantes”. En ello se basa la definición del derecho a ser dejado solo, del derecho a ser dejado en paz. Esa dimensión utilitarista, pragmática, es la dimensión prometeica de la intimidad.

⁶⁸³ PÉREZ LUÑO, António-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho...* cit., p. 355.

persona y su autonomía se define a través de su participación política y social⁶⁸⁴. Es usual sostener que la principal contribución para la configuración jurídica de esta faceta de la intimidad es la famosa sentencia de 15 de diciembre de 1983 del *Bundesverfassungsgericht* alemán, sobre la Ley del censo de población (*Volkszählungsgesetz*), en la que la jurisprudencia germana concibe la intimidad como “autodeterminación informativa” (*informationelle Selbstbestimmung*), es decir, como la libertad del ciudadano para determinar quién, qué y con qué ocasión (*wer, was, wann, bei welcher Gelegenheit*) puede conocer y/o utilizar datos que le afectan⁶⁸⁵.

En efecto, con estas ideas se completa el clásico derecho de defensa del ciudadano, la versión negativa de intimidad, con la posibilidad de ejercerse tal derecho de forma positiva, esto es, denegando o concediendo informaciones personales⁶⁸⁶. Esta nueva dimensión de la intimidad también comprende la facultad del individuo de elegir (*status positivo*) sobre la revelación o no de informaciones que directamente le conciernen, lo que constituye la prefiguración de la denominada *autodeterminación informativa*. El concepto del derecho a la autodeterminación informativa, proviene de la reflexión doctrinal y de las aportaciones jurisprudenciales que se han producido con relación al control, por parte del afectado, de las informaciones que se refieren a sí mismo o a su familia. El concepto del derecho a la autodeterminación informativa se construye a partir de la noción de intimidad y se encamina a dotar a las personas de cobertura jurídica frente al peligro que supone la informatización de los datos personales⁶⁸⁷ y se ratifica con la consagración jurídica del *habeas data*⁶⁸⁸. Sería, pues, el derecho del individuo a decidir por sí mismo, únicamente

⁶⁸⁴ RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. “La intimidad genética...cit, p. 225-244.

⁶⁸⁵ PÉREZ LUÑO, António-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho...* cit., p. 358-359.

⁶⁸⁶ Indican CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro (*Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005, p. 217) que el derecho a la reserva de la vida privada se desdobra en dos derechos menores: “a) o de evitar a intromissão de estranhos sobre a esfera privada; b) o de impedir a revelação de informações pertencentes a essa esfera”.

⁶⁸⁷ MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación...*cit., p.25.

⁶⁸⁸ *Íd.*, p. 119. PIERINI, Alicia; LORENCES Valentín, TORNABENE María Inés (*Hábeas data: derecho a la intimidad: derecho a informar, limites, censura...*cit., p. 20 y ss.) afirman que el *habeas corpus* (que tengas el cuerpo) fue creado originalmente por la ley inglesa del año de 1679 y se fue actualizando hasta tomar los alcances actuales, manteniendo vigentes sólo los rasgos referidos a su carácter garantizador y la urgente – casi inmediata – tramitación. Análogamente *hábeas data* significa “que tengas los datos” o “que vengan los datos” o “que tengas los registros”, es decir, tomar conocimiento de datos propios en poder de otro. *Habeas*: segunda persona del presente subjuntivo de *habeo*. *Habere*, significa: tengas posesión, que

con excepciones extraordinarias de interés de la sociedad, cuándo y en qué términos sus actos deben ser revelados al público en general. Éste derecho también se configura como una consecuencia necesaria de la obligación estatal de respetar la dignidad personal⁶⁸⁹. Se identifican, pues, dos aspectos distintos en la estructura del derecho a la intimidad: *ad se – ad alteros*, mismidad – alteridad⁶⁹⁰. Uno negativo, como un modo de ser negativo de la persona respecto de los demás, que sería la exclusión del conocimiento ajeno de lo que hace referencia a la propia persona; y otro positivo, de control por su titular de los datos e información relativos a la propia persona⁶⁹¹.

A tenor de cuanto antecede, conviene separar los conceptos: derecho a la propia imagen y derecho a la intimidad. Analizaré la diferencia entre estos dos bienes de la personalidad desde dos puntos de vista: el formal y el material. En este sentido, RUIZ MIGUEL menciona como criterio de delimitación el lugar de la captación de la propia imagen: si público o privado⁶⁹². Si se capta la imagen en privado, sería ésta absorbida por el derecho a la intimidad. Si se capta en público, se protegería la imagen en la medida en que no debe ser permitido, sin el consentimiento del titular, el contacto con la sociedad que cada uno tiene derecho a limitar; la difusión de la imagen de una persona, sin su consentimiento, supondría poner a esta persona en un contacto no buscado con la sociedad. Sin embargo, esta aportación conceptual está conectada a lo antes expuesto sobre el *right to privacy*. Bajo la ofensa a la *privacy*, se incluyen los dos bienes jurídicos⁶⁹³: intimidad e imagen, que son considerados simplemente como supuestos incluibles dentro del “derecho a la privacidad”. No obstante, como ya se ha demostrado, hay una diferencia significativa entre el concepto estadounidense de *privacidad* y la

es una de las acepciones del verbo, y data: es el acusativo plural de *datum*: representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos. Puede trazarse, pues, según advierte PÉREZ LUÑO (*Derechos humanos, Estado...cit.*, p. 356), un paralelo entre el *habeas data*, derecho humano de tercera generación de las sociedades tecnológicas, y el tradicional *habeas corpus*, relacionado a la libertad física o de movimientos de la persona, correspondiente de los derechos humanos de la primera generación. No obstante, de los tres países que se va analizar, sólo Brasil establece expresamente el *habeas data* en el artículo 5º, inciso LXXII, de la *Constituição* de 1988.

⁶⁸⁹ BENDA, Ernest. “La salvaguardia de la dignidad humana (artículo 1 de la Ley Fundamental)”...cit., p. 1447-1458.

⁶⁹⁰ FARIÑAS MATONI, Luis M.a. *El derecho a la intimidad...cit.*, p. 292.

⁶⁹¹ BELLO JANEIRO, Domingo. “La protección de datos de carácter personal en el derecho comunitario” em *Estudos de Direito da Comunicação*, António Pinto Monteiro (coord). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002, p.27-64.

⁶⁹² RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del ...cit.*, p. 109-10.

⁶⁹³ FAYÓS GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad... cit.*, p. 406.

intimidad que ha prevalecido en Europa. En los EEUU la *libertad* influye más directamente en el concepto de la *privacy* (vida privada), mientras que en el continente europeo la *dignidad* parece estar más claramente asociada a la intimidad. Ésta pone el acento en el respeto a la dignidad personal, mientras que la concepción en los Estados Unidos, por su parte, sigue estando, en lo esencial, anclada en la forma que se adoptó en el siglo XVIII, un derecho de libertad dirigido frente a las intrusiones del Estado y que encuentra en la propia casa el principal punto de referencia⁶⁹⁴. Además de esta relevante diferencia, aunque resignado por la absorción del término *privacidad* en la cultura jurídica ibero-brasileña, no pienso que sería adecuado traducir *privacy* por intimidad, como ya se ha explicitado anteriormente, sino que sería más coherente que se tradujera como *vida privada*. Por ello, quisiera intentar depurar los elementos de la distinción privacidad/vida privada/intimidad, para rechazar la usual inclusión *formal* que se hace del bien de la propia imagen en la intimidad.

Así, GITRAMA GONZÁLEZ, analizando la Ley Orgánica española de protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen, sostiene que el legislador, en su propósito de unificar la regulación de la protección civil de los tres derechos subjetivos a que la Ley alude, no ha tenido en cuenta aspectos de clara heterogeneidad entre los mismos⁶⁹⁵. Centrando su análisis en la intimidad y en la propia imagen, el autor advierte que la filosofía que subyace a la Ley Orgánica 1/82 confunde ambos derechos, los de *reserva de la vida privada y de libertad* (considerada ésta negativamente, como ámbito de independencia, exención, autonomía frente a todo género de invasiones extrañas). Y concluye que tanto la Constitución de 1978, como la Ley de 1982 que desarrolla el artículo 18.1, han convertido lo que era un principio general de Derecho derivado de un superprincipio, el clásico *alterum non laedere* (el deber general de respeto a la persona), en una tríada de derechos subjetivos. Esta idea es compartida por RAVANAS, quien resalta que si bien no debe identificarse el derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, tampoco debe establecerse una rígida separación entre ambos, pues el derecho de la persona contra la explotación comercial de su imagen es cosa distinta del derecho al respeto a su intimidad, pero la protección contra la investigación y la

⁶⁹⁴ MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional...* cit., p. 37, citando a James Q. Whitman (“The two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, *Yale L. J.*, vol. 113, 2004, p. 1161-1162.

⁶⁹⁵ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. “El derecho a la propia imagen hoy”... cit., p. 209-210.

revelación por la imagen de esa parte de su vida que el público no tiene interés legítimo en conocer, el derecho a la propia imagen se enlaza, en cambio, con el derecho al respeto de la *vida privada*⁶⁹⁶. Comentando el artículo 18.1 de la Constitución Española, HERRERO TEJEDOR argumenta que la dicción constitucional parece apuntar la existencia de un cierto denominador común en los intereses que garantiza (honor, intimidad y propia imagen)⁶⁹⁷. Los tres hacen referencia a un ámbito reservado, personal, a un reducto del que el titular puede pretender el señorío absoluto, excluyendo injerencias de terceros. De algún modo, estos derechos delimitan una *esfera privada* de la personalidad. La tensión que acompaña estos derechos reside en su actuación en la esfera pública y la protección de la esfera privada. En la misma línea, CARRILLO ha sostenido una noción del derecho a la propia imagen próxima a de la *vida privada*, donde el componente moral no puede quedar oscurecido por la necesaria tutela de los intereses económicos que, en su caso, objetivamente aparezcan⁶⁹⁸.

En este contexto, es incuestionable que tanto el derecho a la propia imagen como el derecho a la intimidad tienen por objetivo la protección de la *inviolabilidad personal*, considerada ésta como la principal línea de defensa de los derechos de la personalidad. Esta idea está presente, como anteriormente se ha visto en las Declaraciones de Derechos de la post-guerra, las cuales reconocieron, sin demasiado rigor técnico, algunos derechos de la personalidad dentro de los derechos humanos, principalmente la vida privada (o la intimidad) y el honor. No obstante, la acertada y progresista intención proteccionista de esos “textos universales”, de enumerar algunos bienes jurídicos personales que habían de merecer protección jurídica, no puede servir de fundamento para confundir la autonomía jurídico-constitucional del derecho a la intimidad y del derecho a la propia imagen. Se ha de interpretar que estos bienes de la personalidad tienen un propósito común, pero no poseen un objeto jurídico idéntico. Como señalan GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, la teleología intrínseca de los derechos de la personalidad justifica el *derecho al secreto del ser* (derecho a la propia imagen, derecho a la voz, derecho a la intimidad de la vida privada, derecho a practicar

⁶⁹⁶ RAVANAS. *La protección des personnes contre la realisation et la publication de leur image*, París, 1978, p. 545 y ss.

⁶⁹⁷ HERRERO TEJEDOR. *Honor, intimidad y propia imagen...* cit., p. 73.

⁶⁹⁸ CARRILLO, Marc. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental” en *Revista Jurídica de Asturias*, n.18, 1994, p. 07-30.

actividades de la esfera íntima sin vídeovigilancia)⁶⁹⁹, pero ello no significa que toda esta categoría de derechos se incluyan bajo el mismo *nomem iuris*.

De hecho, es cierto que el carácter medial de la imagen, como ya he defendido, facilita que constantemente se relacionen y se manifiesten ofensas a otros derechos que poseen la misma raíz histórica (honor e intimidad). Pero esta circunstancia, a pesar de ampliar el grado de dificultad a la hora de distinguir entre el derecho a la propia imagen y otros derechos, no puede eliminar su autonomía. Confirmando esta puntualización, DEL RÍO afirma que la Constitución Española garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la ley desarrolla conjuntamente la protección civil de estos derechos. Su tratamiento unitario es oportuno, ya que se encuentran tan estrechamente relacionados entre sí que, normalmente, la intromisión en uno de ellos suele producir la lesión de los otros. La publicación escandalosa de ciertos hechos relativos a la vida privada puede suponer una ofensa no sólo al honor, sino también a la intimidad personal y a la propia imagen⁷⁰⁰. En el mismo sentido, defiende GORROTXATEGI AZURMENDI que la comprensión del derecho a la propia imagen como derecho al honor o a la intimidad supondría el olvido como derecho constitucional de toda una categoría de infracciones del derecho a la propia imagen, fuera de la vulneración de los derechos al honor o intimidad⁷⁰¹. Es por ello que prefiere hablar de *privacidad, o vida privada*, como un concepto global y de los derechos al honor, la intimidad y la imagen como las manifestaciones constitucionalmente recogidas de ese concepto. Lo que se ha de inferir de estas apreciaciones doctrinales es que, no obstante su común *objetivo*, no se puede afirmar que la intimidad y la imagen tengan el mismo *objeto*. Evidentemente que esta confluencia de circunstancias ha contribuido para insertar el derecho a la propia imagen en el contexto de la protección dada a la *vida privada*, en cuanto defensa de la *inviolabilidad personal*, pero no en el concepto de intimidad.

⁶⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada...* cit., p. 458-459.

⁷⁰⁰ Revista dos Tribunais, vol. 670, p. 69, *apud* BIANCO, João Carlos. “A obra fotográfica, o direito à imagem, à vida privada e à intimidade”. *Jusittia*, São Paulo, 62 (189/192), jan./dez., 2000, p. 203.

⁷⁰¹ GORROTXATEGI AZURMENDI, Miren. “El derecho a la imagen, objeto de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.42, mayo-agosto de 1995, p. 349-374.

Siguiendo este razonamiento, PASCUAL MEDRANO resalta que no es la intimidad personal lo que de forma primaria se salvaguarda con la protección autónoma del derecho a la propia imagen, sino que es la imagen en sí, como atributo de la personalidad propio e individualizador de cada persona⁷⁰². También CREMADES entiende que la intimidad hace referencia exclusiva al núcleo de la personalidad, oponiéndose a su vulneración, y el derecho a la propia imagen se identifica con la esfera relacional exterior de este núcleo⁷⁰³. O'CALLAGHAN considera que puede vulnerarse uno u otro derecho, o ambos, o incluso lesionarse el derecho a la intimidad *a través* de la imagen, pero sostiene que la jurisprudencia, en general, ha separado los derechos a la intimidad y a la propia imagen, aun reconociendo su cercana relación, esto es, que son derechos de la personalidad⁷⁰⁴. Sobre esta diferenciación, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA argumenta que el honor y la propia imagen son formas positivas de la personalidad que se manifiestan normalmente en público. Afirma que son estos derechos diferentes de la intimidad, que tiene una dimensión negativa, de respeto al ámbito personal que no se desvela⁷⁰⁵. WALTER MORAES, al comentar el artículo de KOHLER⁷⁰⁶, considera que es indudable que el derecho a la intimidad puede ser ofendido mediante una vulneración de la propia imagen, y que tal vez sea ésta la más común de las situaciones; sin embargo, advierte que esta es una circunstancia contingente, pues aquél que utiliza la fotografía de un atleta en un estadio o una fotografía de alguien como si fuera propia, sin el debido consentimiento y con objetivos no autorizados por ley, viola ciertamente el derecho a la propia imagen del retratado, pero no comete ninguna indiscreción (atributo esencial del acto de vulneración de la intimidad) y, por tanto, no ofende al derecho a la intimidad⁷⁰⁷. Tampoco se percibe, dice el autor, una conexión lógica entre el bien de la imagen con la esfera secreta de la persona, corroborando la tesis de que el derecho a la propia imagen no puede ser considerado una de las facetas del derecho a la intimidad. En esta línea, IGLESIAS

⁷⁰² PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen...cit.*, p.54.

⁷⁰³ CREMADES, Javier. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. La Ley: Madrid, 1995, p. 219 y ss.

⁷⁰⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...cit.", 543-625.

⁷⁰⁵ MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *El derecho a...cit.*, p. 86.

⁷⁰⁶ Que discrepa de la opinión de KEYSSER (1903) y otros juristas defensores de la teoría de la absorción del derecho a la propia imagen por el derecho a la intimidad.

⁷⁰⁷ MORAES "Direito à própria imagem (II)" in Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 444, out. 1972, p. 11-28 (p. 26).

CUBRÍA afirma que forma parte de la intimidad todo lo que una persona puede lícitamente sustraer al conocimiento de otras⁷⁰⁸. Por consiguiente, no forma parte de la intimidad la imagen del rostro, aunque sí la imagen de un desnudo. Nada más íntimo mi propio pensamiento, en cuanto que no se conoce por los demás, pues – hoy por hoy – la intimidad son los deseos, las apetencias y, en parte, pueden serlo las necesidades, y hasta la manera de satisfacerlas.

Aunque las protecciones jurídicas de ambos institutos (imagen e intimidad) posean una lógica de exclusión, no puede, una persona, en principio, solicitar una tutela jurídica para que los demás no vean su imagen en sí misma considerada, pero sí el Derecho puede impedir que esta imagen sea *representada gráficamente* (captada, publicada y divulgada)⁷⁰⁹. Por el contrario, la extensión exacta de la reserva de la *intimidad* depende, en primer lugar, de la propia voluntad de la persona, que puede dar mayor o menor divulgación de los aspectos particulares de su intimidad⁷¹⁰. Si se encuentra o se saluda con otra persona, en circunstancias normales, se verá su imagen, pero no se sabrá absolutamente nada de su intimidad, en cuanto ella no se proponga comunicarse. Estos matices ponen en evidencia la dimensión fundamentalmente interna del derecho a la intimidad, como ámbito de natural 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*. En este sentido, dice ALEGRE MARTÍNEZ, con acierto, que el *contenido esencial* propio y característico del derecho a la propia imagen, consiste en la potestad de impedir que otros la capten o la difundan y evitar la difusión incondicionada del aspecto físico, es decir, decidir sobre la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana⁷¹¹. Recuerda el mismo autor que el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 99/1994 (FJ5) optó por la inserción del derecho a la propia imagen en el derecho a la intimidad, planteando que la imagen es el primer elemento configurador de la intimidad. En cambio, debería haber sostenido el TC que la

⁷⁰⁸ IGLESIAS CUBRÍA, Manuel. *Derecho a la intimidad*. Universidad de Oviedo, 1970, p.21-2, *apud* CONCEPCIÓN RODRIGUEZ (*Honor, intimidad e imagen...* cit., p. 40).

⁷⁰⁹ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.2

⁷¹⁰ CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação social...*cit., p. 594.

⁷¹¹ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen...*cit., p.59.

imagen es el primer elemento configurador de la *individualidad*, que es, según la Real Academia Española, la cualidad particular de alguien o algo, por la cual se da a conocer o se señala singularmente⁷¹².

Al margen de todas estas consideraciones que disocian desde una perspectiva *material* tales bienes de la personalidad, es cierto que la teoría de la subsunción de la tutela del derecho a la propia imagen por la intimidad no puede abarcar todas las situaciones en las cuales la imagen pueda verse vulnerada. La imagen, considerada su dimensión moral, insisto, constituye la proyección del aspecto físico *exterior* y concreta la persona en el mundo que la rodea, postulando una tutela jurídica autónoma de la intimidad. No sería coherente afirmar que la protección de la intimidad engloba la facultad de decidir, en este contexto, sobre el uso de la propia imagen. Esta tutela no soluciona el problema del aspecto positivo del derecho a la imagen (patrimonial) o de la hipótesis en que una persona autorice una publicación gratuita de un retrato y por tanto exponiendo su supuesta “intimidad”, y después haya una ilegítima nueva publicación. La segunda publicación ofendería el derecho a la propia imagen, pero no vulneraría, de ningún modo, el derecho a la intimidad.

2.8 El derecho a la propia imagen y el derecho a la identidad personal

Se ha examinado que actualmente se reconoce la autonomía del derecho a la propia imagen, principalmente en relación a los derechos a la intimidad y al honor. No obstante, creo que también hay que distinguir el derecho a la propia imagen del derecho a la identidad personal, para delimitar mejor, desde la perspectiva constitucional, el contenido de la protección jurídica de cada uno de estos bienes de la personalidad. La inclusión del derecho a la propia imagen en el derecho a la identidad personal fue planteada, inicialmente, por RIETSCHER⁷¹³. Según esta corriente, la imagen sólo estaría tutelada por el Derecho en cuanto instrumento de identificación. En este sentido, sólo habrá vulneración al derecho a la propia imagen cuando haya usurpación, adulteración, distorsión la identidad personal, es decir, si no se ofende la identidad del titular, no estará protegida jurídicamente la posibilidad de que se decida sobre la

⁷¹² Opinión que ha cambiado en sentencias posteriores.

⁷¹³ GITRAMA GONZÁLEZ, M. “Imagen (derecho a la propia)”... cit., p. 325 y seg.

representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del *aspecto físico externo* que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana. PONTES DE MIRANDA, citado por WALTER MORAES, da un ejemplo de mezcla de este planteamiento, pues entiende que “a imagen é objeto de direito de personalidade enquanto contém reprodução de formas (...) *identificativamente*; tanto o viola quem vende o retrato de A como sendo o de B, quanto quem nega que o retrato de A seja de A, ou quem usa o retrato de A como seu⁷¹⁴”.

Del latín *identitas*, identidad significa, según la Real Academia Española, 1) el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás, o 2) la conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás⁷¹⁵. Al principio la identidad personal se consideró como una categoría (género) de algunos derechos de la personalidad⁷¹⁶, pero hoy día la protección jurídica dada a la identidad lo considera como un *derecho*⁷¹⁷. Aunque la identidad “oficial” o administrativa, como resalta GÓMEZ BENGOCHEA, existe de alguna forma desde hace mucho tiempo, pues se fundamenta en las estadísticas y censos de población que hicieron los países europeos desde finales del siglo XVII, la identidad personal, tal y como viene siendo entendida, es un concepto que adquiere importancia a partir del ya citado fenómeno de la “repersonalización” del Derecho⁷¹⁸. GÓMEZ BENGOCHEA resalta que la idea de que la persona necesita tener y desarrollar una *identidad propia*

⁷¹⁴ PONTES DE MIRANDA, F. *Tratado de Direito Privado*, VII, 738, vol. 2, p. 53 *apud* MORAES, W. “Direito à própria imagem (I)”...cit., p. 72.

⁷¹⁵ Significado dado por la Real Academia Española (www.rae.es)

⁷¹⁶ *Vid.*: Capítulo I, epígrafe 1.7

⁷¹⁷ Amnistía Internacional. *El derecho a la propia identidad: la acción en favor de los derechos humanos de gays y lesbianas*. Madrid: EDAI, 1999; CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “Reflexiones en torno al nuevo derecho a la identidad sexual” en *Revista General de Derecho*, Valencia, Núm. 89 (2001), p. 4947-4962; CAMPS MERLO, Marina. *Identidad sexual y derecho: estudio interdisciplinario del transexualismo*. Pamplona: Eunsa, 2007; GONZÁLEZ VEGA, Javier. “Derecho a la identidad sexual: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” En: *Revista General de Derecho Europeo* [Recurso electrónico], Madrid: Portalderecho, 2003, Núm. 1 (2003), 23 p.; GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. “Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza”. Madrid: Dykinson, 2007; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica” En: *Revista de Derecho Privado*, Núm. julio-agosto (2005), p. 19-74; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. *Derecho de la Libertad de Conciencia II – libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*. Madrid, Civitas, 1999; BARBAS, Stela Marcos De Almeida Neves. *Direito ao património genético*. Coimbra: Almedina, 1998; BARBAS, Stela “Direito à identidade genética” In: *Forum Iustitiae - Direito & Sociedade*, 1999, vol. I, t. 6 (1999), p. 39 e ss; LÚCIO, Álvaro Laborinho. “A genética e a pessoa - o direito à identidade” In: *Revista do Ministério Público*, Vol. 22, t. 88 (2001), p. 7 e ss.

⁷¹⁸ GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. “Derecho a la identidad...” cit., p. 28.

empieza a formar parte del pensamiento de los publicistas a partir de la década de los sesenta. El concepto de identidad, pese a su vaguedad, empezó a llamar la atención del pensamiento académico y profesional cuando los cambios políticos y culturales de los años sesenta favorecieron el uso corriente del concepto de identidad por una gran parte de grupos y causas, incluyendo a gays, “black militants”, campañas para la reforma de prisiones e instituciones de salud mental, algunos grupos feministas, etc⁷¹⁹.

Sin embargo, la configuración jurídico-constitucional de ese derecho es muy reciente, y todavía no está asentada. A título de ilustración, se cita como el primer reconocimiento expreso del derecho a la identidad personal en la normativa internacional el artículo 8 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su *identidad*, incluidos la *nacionalidad*, el *nombre* y las *relaciones familiares* de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su *identidad* o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su *identidad*”. La identidad, en este contexto, deja de ser una exigencia exclusivamente del Estado, la de identificar individualmente a los ciudadanos, para convertirse en un derecho individual, de manifestación de la individualidad de los seres humanos, y por ello, a mi juicio, es más conveniente que se hable hoy día de un derecho a la identidad *personal* o derecho a la propia identidad.

Por ser un tema novedoso, la bibliografía constitucional específica dedicada al mismo es escasa. Quiero hacer notar que de los tres países que voy a estudiar, sólo Portugal tiene positivado el derecho a la identidad personal. Aún así, la doctrina indica que el moderno concepto del derecho a la identidad personal - coincidiendo, en cierta forma, con los matices de la concepción de la Real Academia española -, posee dos ámbitos de protección. DOMÍNGUEZ GUILLÉN⁷²⁰ distingue dentro del derecho a la identidad personal la identidad *estática*, conformada por los elementos asociados al físico de la persona, sus huellas dactilares, rasgos antropométricos, constitución

⁷¹⁹ *Ibíd.*

⁷²⁰ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M^a Candelaria. “Sobre los derechos de la personalidad” en *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, Universidad de la Sabana – Colombia, N^o. 12, 2003.

genética, nombre y todos los elementos que individualizan al ser humano y que en principio son inmutables; y la identidad *dinámica*, variable con el tiempo y conformada por las proyecciones, creencias, historia profesional, religiosa, política, sentimental, etc. Aclara la citada autora que “cuando conocemos a alguien simplemente lo vemos y preguntamos su nombre: percibimos así sólo un aspecto parcial de su identidad estática; pero probablemente toda una vida sea poco para descubrir su identidad dinámica⁷²¹”. DOMÍNGUEZ GULLÉN resalta que se vulnera el derecho a identidad personal cuando se atenta contra la *verdad biográfica* de una persona, esto es, contra la verdad de su historia⁷²². El daño al derecho a la identidad personal se configura cuando existe una *alteración* u *omisión* de hechos o circunstancias fundamentales que conforman el *perfil social* de la persona. Desde esta perspectiva del derecho a la identidad personal, se protege la *veracidad de la historia personal*, y de ahí que se vulnera este derecho cuando se publica una noticia falsa, aun cuando sea beneficiosa desde el punto de vista de la reputación. La identidad personal supone, pues, la *preservación* de la historia personal, al margen de su valoración.

La autora argentina FERRARI STELLA, citando la obra de FERNÁNDEZ SESSAREGO, admite que la identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad; es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro⁷²³. Matiza la aludida autora que constituyen el “patrimonio” ideológico cultural de la persona los pensamientos, opiniones, creencias, comportamientos que se despliegan en el mundo de la intersubjetividad. Sería, por tanto, el bagaje de características y atributos que definen la *verdad personal*. Pero, además, sostiene FERRARI STELLA, la personalidad muestra un aspecto estático, pues cuando nos hallamos frente a una persona nos enfrentamos con una imagen y un nombre, de modo que el sujeto ha sido identificado sólo a primera vista. La citada autora concluye que el derecho a la identidad supone la exigencia del derecho a la *propia biografía*, es la situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene derecho a ser fielmente representado en su *proyección social*, y lo concibe como “el derecho subjetivo a la verdad personal, comprensivo del derecho a la verdad de origen y de la

⁷²¹ *Ibíd.*

⁷²² *Ibíd.*

⁷²³ http://usuarios.lycos.es/Miriam_Ferrari/doc.html

prerrogativa individual a la exacta representación de la proyección social singular. En suma, es el derecho al respeto a «ser uno mismo»⁷²⁴. Parece que GÓMEZ BENGOCHEA comparte esta idea de identidad, pues divide el derecho a la identidad en dos aspectos: el *derecho a ser uno mismo*, pues “la identidad, en primer lugar, está formada por la percepción más o menos estable que la persona tiene de sí misma y de las cualidades, los defectos y los recursos que le son particulares como alguien único y diferente de todos los demás”, y el derecho al *conocimiento del propio lugar en el entorno social*, que sería la vertiente social de la identidad personal, pues “todo individuo, en virtud de sus características personales, cumple con distintos roles en el entorno social a través de su historia (hijo, hermano, marido, padre, amigo, trabajador, ciudadano) y forma parte de un determinado grupo social (según su raza, ocupación, religión, nacionalidad, etc....)”⁷²⁵. En la misma dirección, el autor portugués PAULO OTERO divide el derecho a la propia identidad en: *identidad personal absoluta o individual*, pues cada persona posee una identidad definida por sí propia, que es la expresión de la exclusividad, indivisibilidad e irrepitibilidad de cada ser humano; y la *identidad personal relativa o relacional*, que estaría relacionada con la *historia personal* de la persona, dando una especial relevancia a los progenitores⁷²⁶.

Ante estas consideraciones, se puede deducir que el actual derecho a la identidad personal se desarrolla en estos dos ámbitos: la identidad personal *individual*, inmanente, que estaría vinculada a la conciencia que una persona tiene de ser ella misma, a la exigencia de la persona de reconocerse como alguien único, irrepitible y diferente de todos los demás; y la identidad personal *relacional*, trascendente, que sería el llamado derecho a la historia personal, el conjunto de rasgos propios del individuo en su entorno social. No obstante, en mi opinión, aunque se apunte esta diferencia, siempre existirá una necesaria conexión entre estos dos aspectos del derecho a la identidad personal⁷²⁷, el inmanente y el trascendente, pues si una persona quiere saber, por ejemplo, quienes son sus progenitores, la respuesta es una exigencia de la identidad personal individual, porque sirve para que la persona se afirme como alguien único, irrepitible y singular; y

⁷²⁴ *Ibíd.*

⁷²⁵ GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. “*Derecho a la identidad...* cit., p. 29 y ss.

⁷²⁶ OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p.65.

⁷²⁷ Tal y como ocurre con los derechos de la personalidad en general.

también tal información genética atañe a la llamada identidad personal relacional, pues se comprobaría la *historia personal* del individuo, el vínculo que tiene con sus familiares y su entorno social⁷²⁸. Sin embargo, lo que se ha de hacer notar es que la tutela jurídica del derecho a la identidad personal se propone a proteger no sólo el conocimiento por la persona de su propia identidad (sea individual o relacional), sino también la *preservación* de esta identidad, es decir, que no se la altere, distorsione, tergiverse, con afirmaciones falsas, inexactas, no veraces, u omisiones de hechos y circunstancias fundamentales que conforman su “perfil social”.

Una vez estudiada la elaboración conceptual, voy a referirme ahora a Portugal, dada su condición de país pionero en esta materia. Como se comprobará más adelante⁷²⁹, desde la inserción del derecho a la propia imagen en el texto constitucional portugués (revisión de 1982), ya se planteaba la estrecha relación que este derecho posee con el derecho a la identidad personal, el cual ya había sido incluido en el texto original de la *Constituição da República Portuguesa*, de 25 de abril de 1976⁷³⁰. La mayoría de la doctrina constitucionalista lusitana examina, por lo general, los dos derechos de forma conjunta, pues estima que tienen la misma matriz, la identidad, aunque puedan surgir intrínsecamente ligados a la protección dada al honor personal y a la intimidad de la vida privada y familiar⁷³¹. Consideran los autores portugueses que los derechos a la identidad personal, a la propia imagen y a la *palavra* (voz) son manifestaciones del derecho más amplio de *ser para sí propio*, en la sugestiva formulación germánica, pues a través de estos derechos la persona se afirma ante el ambiente que la rodea. Asumen, pues, estos derechos, la función de proteger a los individuos de la apropiación no autorizada de las características identificadoras.

En concreto, sobre el derecho a la identidad personal, GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA opinan que “o sentido do direito à identidade pessoal se destina a

⁷²⁸ Así ocurrirá también con cualquier ejemplo que pueda citarse sobre esta hipótesis: mi nombre es una característica personal, que me individualiza, pero también tiene el efecto de identificarme ante la sociedad. Si una persona se dice feminista, esta característica no sólo atiende a necesidad de la afirmación de su individualidad, inherente a la identidad personal individual, sino también sirve para que los demás la reconozcan como tal, de modo que también surtirá efectos en la identidad personal relacional (historia personal).

⁷²⁹ *Vid.*: Capítulo III, epígrafe 3.2

⁷³⁰ Precisamente en el artículo 33.

⁷³¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...cit.*, p.752.

garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irredutível. Abrange, seguramente, além do direito ao nome, um direito à historicidade pessoal⁷³²». MIRANDA y MEDEIROS afirman que la identidad personal sería lo que caracteriza a cada persona en cuanto unidad individualizada, que se diferencia de todas las otras personas por una determinada vivencia personal. En un sentido amplio, el derecho a la identidad personal se refiere al derecho de cada persona a vivir en concordancia consigo misma, siendo, en última instancia, expresión de la libertad de conciencia proyectada exteriormente en determinadas opciones de vida⁷³³. Parece ser también este el mensaje de CAMPOS, cuando plantea que el conocer el nombre, apropiarse de la imagen física, conocer sus hábitos, su manera de ser, su religión, su relación con familiares, otorga poder sobre el sujeto que tiende a ser susceptible de manipulación, transformándolo en un objeto de la voluntad ajena, en un súbdito⁷³⁴.

Por todo ello, se plantea en Portugal que el derecho a la identidad personal, que se fundamenta en la dignidad de la persona humana, debe servir de pauta de interpretación para el derecho a la propia imagen. Del derecho a la identidad personal, a juicio de MIRANDA y MEDEIROS, se deriva un derecho a no ver *distorsionadas* las expresiones de la personalidad, lo que incluye el derecho a que, sin consentimiento, la imagen no sea *alterada* en montajes fotográficos o las palabras adulteradas o descontextualizadas en textos y grabaciones⁷³⁵. En este sentido, CLÁUDIA TRABUCO pone el énfasis en que la protección de la imagen física está tendencialmente integrada en la tutela de la identidad, de la defensa del carácter original e irrepitible de cada ser humano contra la eventual “*manipulação, a desfocagem, a contrafacção ou a utilização heterónoma*” de sus elementos físicos o morales⁷³⁶. En líneas generales, se define, en territorio lusitano, el derecho a la identidad personal como el que protege los elementos

⁷³² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...*cit., p. 462.

⁷³³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I...*cit., p. 284.

⁷³⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós: estudos...*cit., p.99.

⁷³⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I...*cit., p. 285. Los autores informan que este es el contenido que el derecho tiene según la jurisprudencia italiana. Tesis reforzada por FERRARI, Vincenzo. “Entre imagen e identidad. Hipótesis sobre la construcción social de derechos” en *Jornadas. La protección del derecho a la propia imagen en los medios de comunicación*, Luis Escobar de la Serna, Pamplona: Consejo Audiovisual de Navarra, 2005, p. 23-36.

⁷³⁶ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p.396.

identificadores de la persona ante la sociedad⁷³⁷. El cometido de tal derecho es el de garantizar aquello que identifica a cada persona como individuo singular e irrepetible. En él se incluyen, pues, el derecho al nombre y el derecho a la historia personal⁷³⁸.

Por su parte, el derecho al nombre consiste en el derecho a tener un nombre, a no ser privado de éste, a defenderlo y a impedir que otros lo utilicen. Comprende la dimensión positiva de uso del propio nombre, completo o abreviado, y la dimensión negativa de oposición a que otros lo usen de modo ilícito para su identificación o con otros fines⁷³⁹. Por otro lado, el derecho a la *historicidade* personal designa el derecho al conocimiento de la identidad de los progenitores, fundamentando, por ejemplo, un derecho fundamental a la investigación de la paternidad o de la maternidad. También se puede hablar de que la identidad genética propia es un componente esencial del derecho a la identidad personal⁷⁴⁰. En el ámbito normativo, se incluye el derecho de acceso a la información sobre la identificación civil, que posibilita al titular del derecho tener conocimiento de los datos de identificación y poder exigir su rectificación o actualización⁷⁴¹. Además, CARVALHO, CARDOSO y FIGUEIREDO defienden que el derecho a la identidad personal comprende la prohibición de la elaboración no autorizada de una biografía y el derecho a la verdad personal, el cual impide la utilización abusiva de atributos exclusivos de un individuo (un pseudónimo, un título)⁷⁴².

Haciendo una valoración jurídico-formal del derecho a la identidad personal en Portugal, se constata su inserción en el artículo 26 de la Constitución de la República Portuguesa, pero no está previsto, expresamente, en el Código Civil. Sería, pues,

⁷³⁷ CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada da Comunicação Social*. Lisboa: Casa das Letras, 2005, p. 26.

⁷³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., vol. I...cit., p. 462.

⁷³⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...cit.*, p.753.

⁷⁴⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I...cit.*, p. 284.

⁷⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada...cit.*, p. 462. Informan los autores que hay dudas sobre si tal derecho concibe sólo el derecho de conservar y proteger o también el derecho a mudar de identidad (mudanza de nombre y de estado civil por efecto de mudanza de sexo). Alegan que no sería legítimo el derecho del individuo que cambió de sexo mantener en secreto la transmutación, prohibiendo la mención del hecho en el registro de nacimiento.

⁷⁴² CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação...cit.*, p.26.

incluido en el derecho general de la personalidad del artículo 70 de esta norma. Por el contrario, el derecho al nombre y el derecho al pseudónimo están positivados en el Código Civil; respectivamente, en el artículo 72 y en el artículo 74; pero no lo están en la Constitución portuguesa. El que no está formalmente incluido, de modo específico, en ningún texto normativo portugués es el derecho a la historicidad personal. No obstante, el legislador portugués optó, con acierto, por una protección *dual* de los derechos de la personalidad, de lo que resulta que la tutela de la historia personal puede ser invocada a través de la cláusula general del artículo 1º de la Constitución de la República Portuguesa de 1976, y de la cláusula general del artículo 70 del Código Civil.

En España, aunque haya quien pretenda incluir una concepción *psíquica* del derecho a la identidad en el derecho a la propia imagen⁷⁴³, la doctrina mayoritaria acude a las experiencias extranjeras, principalmente la italiana y la estadounidense, que tienden a reconocer jurídicamente el derecho a la identidad personal desde la perspectiva⁷⁴⁴ del derecho a “ser uno mismo” y de exigir que no se tergiversen, con

⁷⁴³ LAMA AYMÁ, Alejandra de. *La protección de los derechos...cit.*, p. 110 y ss. Afirma la autora que debe incluirse en el derecho a la propia imagen “no sólo propiamente dicha sino también el nombre, la voz y cualquier otro elemento que haga reconocible al individuo pues, en definitiva, el derecho a la imagen protege la identidad de la persona (...) Se incluyen todos aquellos rasgos identificadores de la persona que por ser los más característicos contribuyen a la individualización y diferenciación de los demás. Es especialmente importante incardinar los elementos identificadores del individuo en el derecho a la imagen dado que no hay ningún precepto constitucional que, de forma expresa, reconozca el derecho a la identidad (...) El derecho a la identidad no está reconocido en España a nivel constitucional de una forma expresa, por lo que debe buscarse su cobertura en el derecho a la imagen sí reconocido como derecho fundamental. Esta vertiente se traduce en el ámbito comercial de la imagen como el valor publicitario que adquiere la propia imagen a consecuencia del propio esfuerzo creativo que ha realizado la persona”. En el comentario de ALEGRE MARTÍNEZ (Miguel Ángel. *El derecho...cit.*, p. 95-96) parece que defiende, aunque no de modo explícito, esta postura de inclusión de contenidos *psíquicos* en el concepto del derecho a la propia imagen, cuando aduce que “podemos afirmar que estamos ante uno de los casos en que puede verse vulnerado el derecho a la propia imagen, sin lesión simultánea del derecho a la intimidad. Piénsese, por ejemplo, en la aportación de fotografías en las que el interesado aparezca encabezando una manifestación antimilitarista, o grabaciones en las que el sujeto exprese sus ideas pacifistas. Se trataría de utilizaciones, consentidas o no, de la imagen o la voz del sujeto, que en este supuesto le favorecerán de cara a su intención de obtener una resolución favorable del Consejo General de Objeción de Conciencia. Piénsese, sin embargo, en la posibilidad de que la persona u organismo requerido por el Consejo aporte fotografías o grabaciones pertenecientes a una época anterior, en la que el ahora convencido pacifista y solicitante del reconocimiento de la condición de objeto, era un activo y notorio militarista. En este caso, la utilización de imágenes pertenecientes a esa época anterior perjudica a los actuales intereses del sujeto. (...) Por nuestra parte, consideramos que, tratándose de un derecho de la personalidad, directamente derivado de la dignidad del ser humano, si se *puede* ir más allá de ese contenido mínimo, se *debe* ir más allá”.

⁷⁴⁴ Vid: IGUARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Editorial Tecnos S. A., Madrid: 1991; *Íd.* “Responsabilidad civil extracontractual. ofensa al honor. Congruencia. Estipulación en favor de un tercero. Contrato de publicidad con la Compañía Telefónica” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 7, 1985, p. 2235-2252, *Íd.* “Derecho a la imagen.

publicaciones inexactas, las cualidades o características *psíquicas* que componen la individualidad personal. CIFUENTES afirma que a partir de la sistematización y distinción del bien de la identidad personal por DE CUPIS en Italia, se ha avanzado en el reconocimiento de este derecho, hasta que por fin lo ha incorporado la jurisprudencia⁷⁴⁵. VICENZO FERRARI comenta algunos casos concretos, los cuales pueden facilitar la comprensión del objeto de este derecho⁷⁴⁶. El primero fue el “caso Caruso”, que era un popular tenor de principios del siglo XX, al que se le dedicó una película, pero su familia se quejó porque consideraban que su “personalidad” estaba mal representada. El segundo fue el “caso Petacci”, Claretta Petacci, amante de Benito Mussolini, que murió ejecutada con él. Este caso fue planteado por la hermana de Claretta, Myriam, contra la compañía de televisión pública RAI. El tercero sería el “caso Esfandiari”, el de la ex emperatriz Soraya, ex esposa del Sha de Persia, que había sido rechazada por su marido porque no le había dado descendientes. Ella se trasladó a Italia, donde se la fotografió de lejos besando a su nuevo compañero, motivo por el que interpuso una demanda. Argumenta VICENZO FERRARI que el último caso es jurídicamente el más significativo, pues fue en el donde por primera vez se planteó y se resolvió una demanda relativa al derecho a la intimidad. Como consecuencia de la construcción jurídica de estos derechos, en Italia, se elaboró paulatinamente un concepto de imagen más amplio. Menciona el referido autor una definición del *Pretore* de Roma, que decía: “La imagen es un conjunto de valores que cuenta la representación ofrecida en la vida de relación. La imagen conlleva un interés protegido jurídicamente y

utilización de fotografía para fines electorales. Indemnización del daño moral; revisión del quantum” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 14, 1987, p. 4561-4578; MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. “30 de enero de 1998. Apropiación comercial del derecho al nombre y a la propia imagen. Identificación indirecta de actor en anuncio publicitario” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 47, 1998, p. 705-724; AMAT LLARI, María Eulalia. “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial” en *Revista jurídica de Catalunya*, 2003, vol. 102, n° 2, p. 459-475 y *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. La Ley: Madrid, 1992; HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Editorial Colex: Madrid, 1994; MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2005; FAYÓS GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Libertad de expresión e Información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1995; LOPÉZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid: 1996; SALVADOR CODERCH, Pablo; et all. *El mercado de las ideas* (director: Pablo Salvador Coderch). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

⁷⁴⁵ CIFUENTES, Santos. *Derecho personalísimos...cit.*, p. 606 y ss.

⁷⁴⁶ FERRARI, Vincenzo. “Entre imagen e identidad” in *La protección del derecho a la propia imagen en los medios de comunicación (Jornadas)*, Colección: “Publicaciones del Consejo Audiovisual de Navarra”, n.º2, octubre de 2003, p. 23-36.

que consiste en «levantarse» contra conductas que afecten a dicha imagen aún sin ofender el honor y la reputación o también sin lesionar u ofender la imagen física”. Resalta VICENZO FERRARI que en esa época había una tendencia a ampliar el concepto de imagen, del marco físico al marco metafórico, y cita otros supuestos como el del primer referéndum en 1974, sobre la propuesta de que se rechazara una ley de 1970, que había regulado el divorcio. El sindicato de campesinos italianos, que se oponía al divorcio y por lo tanto actuaba a favor del rechazo de la Ley, publicó un póster con la imagen de dos campesinos ancianos, una mujer y un hombre, que decía: “nosotros, los campesinos italianos, somos contrarios al divorcio”. Los dos retratados demandaron al sindicato, alegando que habían sido fotografiados años atrás y que estaban a favor del divorcio. También se cita el caso de Re Cecconi, un jugador del Lazio, equipo de fútbol de Roma, que había sido campeón nacional, y que tenía un amigo que era dueño de una joyería. El jugador simuló un robo, por divertimento propio; entró en la tienda con una pistola y amenazó a su amigo joyero con robarle; pero el dueño, que también tenía una pistola, lo mató. Años después se hizo una película sobre este suceso, y el joyero interpuso una demanda alegando que la representación de su “imagen” era inexacta, muy materialista y un tanto alocada. VICENZO FERRARI apunta que en el caso de los campesinos la decisión fue favorable, mientras que en el caso del amigo de Re Cecconi le fue contraria, porque no se admitió la protección de su propia imagen, pues no era un retrato, sino una representación de la persona en su *identidad psicológica*. Describe el citado autor que la *Corte di Cassazione* italiana ha pronunciado una sentencia muy conocida sobre la identidad personal, en la cual la concibe como “el interés que jurídicamente merece protección para que no disfrace o altere externamente un patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico o profesional”. Con ese fallo de la *Corte di Cassazione*, según VICENZO FERRARI, “se produjo una clara *constitucionalización del derecho a la identidad en un asunto que había empezado como derecho a la imagen*⁷⁴⁷”. En esta línea, justifica el autor la conformación del derecho a la identidad personal, sosteniendo que “hay una esfera de las relaciones sociales que también en el marco de la identidad invade la esfera de la individualidad. Cada individuo, tras heredar los caracteres de sus padres, actúa según un proyecto y una trayectoria sociales. El medio ambiente, la familia, la sociedad, la

⁷⁴⁷ *Íd.*, p. 32.

cultura, la escuela y todo lo demás forman o proporcionan un conjunto de expectativas a las que el individuo se conforma gradualmente durante su vida, «modificando su identidad» (...) El hecho de que la identidad sea algo no sólo *individual* sino *social*, parece bastante claro⁷⁴⁸.

Siguiendo con algunos ejemplos italianos, ALESSANDRO PACE considera el derecho a la identidad personal como “la proyección pública de la personalidad del sujeto, esto es, dicho derecho se identifica con el derecho a ser uno mismo, entendido como respeto a la imagen de miembro de la vida en sociedad, con la adquisición de ideas y experiencias, con las convicciones ideológicas, religiosas, morales y sociales que diferencian, y al mismo tiempo cualifican, al individuo”. El mencionado autor cita varias sentencias judiciales⁷⁴⁹ que reconocen la importancia jurídica de este derecho, como el de una persona que se quejaba de haber sido falsamente considerada miembro de una logia masónica; y otro en el que se ha otorgado la tutela judicial a un hombre político contra “el abuso de su imagen, llevado a efecto a través de la utilización de la entrevista, al ser cedida para fines diversos de los acordados”. *In casu*, el demandante estaba disconforme con la inserción de su imagen, y de la entrevista, en un programa dirigido a lograr apoyos electorales para un partido con una posición política opuesta a la mantenida por él. De modo análogo, se ha invocado el derecho a la identidad personal en otra demanda, para impugnar la falsedad de la imputación realizada por un periódico a otro “hombre político” de haber tenido contactos con la *camorra*, para obtener la liberación de una persona raptada. Analizando la tutela constitucional italiana del

⁷⁴⁸ FERRARI, Vincenzo. “Entre imagen e identidad”...cit., p. 31.

⁷⁴⁹ VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia (“Protección de la propia imagen” in *Revista Interamericana de derecho intelectual*, jul/dic, 1979, vol. 2, p. 68-103) citan una sentencia del Tribunal de Roma, del 22 de marzo de 1966, que interesa conocer para captar la diferencia que hay entre imagen e identidad. Se trata de un problema de publicidad política. El Sr. Pupetti, actor publicitario, demandó al periódico “I comunisti” por la publicación de su imagen con las leyendas: “Vote al Partido Comunista”, “Fíense de él... y de mí” y “El voto comunista es el mejor”. El actor consideró que con dichas frases la reproducción de la imagen daba la impresión de su adhesión pública al partido comunista, adhesión inexistente, y por tanto perjudicial en cuanto le había hecho perder la posibilidad de contratos publicitarios y también televisivos, mientras que anteriormente había sido contratado para una importante campaña publicitaria. El actor alegó que si bien había autorizado a terceros (extraños a ese proceso) la reproducción de su imagen, lo había hecho con la limitación de hacer publicidad de productos comerciales determinados. En cambio, su imagen había sido utilizada por la demandada para propaganda electoral, dando la sensación de que el actor se adhería a los ideales del Partido Comunista, siendo ello inexacto. Por tanto, no había consentimiento del retratado para esa publicación, que era abusiva porque la imagen había sido reproducida para fines diversos del consentido, y además el mensaje de la publicidad distorsionaba las ideas políticas de Pupetti. Consideraba que la atribución de ideas políticas ajenas a sus convicciones le causaba un perjuicio dentro del núcleo social y profesional en el que actuaba.

derecho a la identidad, ALESSANDRO PACE cita dos artículos de la Constitución, confluentes entre sí, el artículo 21.1, el cual garantiza la manifestación del propio pensamiento, permite prohibir y castigar lo subjetivamente falso; y por otra parte, el artículo 3.1, el cual impide perjudicar el honor ajeno, aun difundiendo hechos verdaderos. Escribe que con el derecho a la identidad personal no se protege “el derecho del interesado a que los otros digan de él lo que considera ser” pues “esta tesis, en su esquematismo, acabaría por perjudicar la libertad ajena de expresión (de opinión, de crítica) y de información”, ni tampoco alcanza la tutela de este derecho a que no se recuerden en los *mass media* episodios de la vida pasada que el afectado no querría, siempre que subsista un interés público por la noticia. En realidad, como alega el autor “nadie puede pretender que sus convicciones ideológicas, religiosas, morales y sociales, tanto anteriores como actuales, aparezcan como a él le gustaría en cada instante. De lo que se deriva que, jurídicamente, el interesado únicamente puede pretender que los *mass media*, cuando tracen su personalidad, se atengan —partiendo de los criterios de *corrección y de buena fe*— «a la versión reductora, parcial, o unilateral de los hechos, que haya ofrecido alguna vez el sujeto en las relaciones sociales», salvo que, obviamente, dicha versión contraste, a su vez, «con los hechos corroborables según criterios de segura objetividad»⁷⁵⁰.

Constata HERRERO TEJEDOR que la doctrina italiana considera el derecho a la identidad como un derecho netamente distinto de los demás perfiles de tutela de la persona (nombre, imagen, intimidad, honor), pues se configura como un interés jurídicamente protegido *a no ver tergiversado o alterado* el propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional⁷⁵¹. La diferencia entre el derecho a la identidad personal y el derecho a la propia imagen residiría en que la imagen evoca la *mera semblanza física* de la persona, mientras que la identidad personal representa una fórmula sintética para distinguir al sujeto desde un punto de vista global en la *multiplicidad de sus específicas características y manifestaciones*, es decir, para expresar la concreta y efectiva personalidad individual del sujeto, que se ha ido solidificando en la vida de relación social. Confirma IGUARTUA ARREGUI que

⁷⁵⁰ PACE, Alessandro. “El derecho a la propia imagen en la sociedad de los *mass media*” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, Núm. 52, Enero-Abril 1998, p. 33-52.

⁷⁵¹ HERRERO-TEJEDOR, F. *Honor, Intimidad y Propia imagen...* cit., p. 44.

en Italia se ha independizado este derecho, pues tras varios años de sentencias confusas, se ha definido su concepto de una manera autónoma en los últimos tiempos. Relata el referido autor que el derecho a la identidad se refiere, en esencia, a la protección jurídica de “ser uno mismo”, del “derecho del individuo a ser garantizado en su posición política, social, a ver respetada su imagen de partícipe en la vida social con sus convicciones ideológicas, morales, sociales, y políticas que lo diferencian y al mismo tiempo lo cualifican⁷⁵²”. Además, IGARTUA ARREGUI afirma que el derecho a la identidad personal también comprende el derecho de cada uno a no ver desconocida la paternidad de las propias acciones, y sobre todo a no ver *desfigurada* la propia personalidad individual⁷⁵³. Con este contenido, el derecho a la identidad personal se utiliza para “proteger a los individuos de los supuestos del *false light* estadounidense, alteración de la personalidad, y otros en los cuales las ideas o convicciones son presentadas de *manera inexacta* y engloba casos en los cuales sería utilizado *el derecho al honor* en el territorio español⁷⁵⁴”. Comenta el mencionado autor que el concepto del derecho a la identidad personal se ha ido separando del concepto de honor, acogiendo dentro de aquél la protección a la reputación profesional. Igual separación ha sucedido con la *imagen física*, pero se contempla en el derecho a la identidad personal la vulgarmente llamada “imagen social”. Se ha disociado también la identidad personal del derecho al nombre, aunque en este caso para englobarlo en su tutela, y sostiene que el derecho a la identidad es, por tanto, una protección jurídica conferida al titular para que se haga el uso correcto de los elementos de la personalidad del individuo, que *no coincide con la imagen física del individuo*, sino de la *presentación de la persona y de sus características ante la sociedad*⁷⁵⁵. IGARTUA ARREGUI señala que se ha intentado introducir en Francia, siguiendo los pasos de la estadounidense *false light*, un derecho a la no tergiversación de la personalidad, que se define, según MESTRE, como “aquel derecho de hacer reconocer la personalidad de cada uno y de desarrollarla; de reivindicar los caracteres que la individualizan, de no dejar que la personalidad sea alterada contra la voluntad del individuo, pues es a él a quien corresponde gobernar su

⁷⁵² IGUARTUA ARREGUI, Fernando. “Responsabilidad civil extracontractual. ofensa al honor. Congruencia. Estipulación en favor de un tercero. Contrato de publicidad con la Compañía Telefónica” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 7, 1985, p. 2235-2252. Tribunal de Roma, 27 de marzo de 1984 y *Corte de Cassazione*, 22 de junio de 1985, Foro IT, 1985, Parte Prima 2211.

⁷⁵³ *Ibid.*, citando la decisión del Pretore, Roma, 06 de mayo de 1984.

⁷⁵⁴ *Íd.*, p. 2246-2247.

⁷⁵⁵ IGUARTUA ARREGUI, F. “Derecho a la imagen... cit, p. 4575.

desarrollo. Los defensores de esta tesis encuentran apoyo en determinadas sentencias de los tribunales de justicia, en las que se afirma que toda presentación inexacta de la personalidad y no sólo una presentación peyorativa, debe ser objeto de protección, pues la creación (en una obra literaria) de un personaje imaginario, ni odioso, ni ridículo, puede atentar a la personalidad del personaje real⁷⁵⁶.”

En efecto, todavía no ha sido reconocida formalmente la figura del “derecho a la identidad personal” en tierras hispánicas, pero los autores consideran que su tutela suele ser incluida en el derecho a la intimidad o en el derecho al honor⁷⁵⁷, de acuerdo con la lectura de los apartados 3 (“*la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo*”) y 7 (“*la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena*”) del artículo 7, de la LOPHIPI⁷⁵⁸. Alega MEDINA GUERRERO que el derecho fundamental a la intimidad, que comprende el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho a permanecer en el anonimato, protegería constitucionalmente al individuo ante las informaciones erróneas, incidan éstas o no en lo “materialmente íntimo”, pues “con ello, nuestro derecho a la intimidad jugaría un papel semejante al que desempeña en los Estados Unidos el *tort* de publicidad que falsea la imagen de una persona (*publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye*), que da protección frente a las publicaciones que, sin ser difamatorias, *tergiversan* la imagen pública de una persona. Así, entre otras manifestaciones, el *tort* se extiende a todos aquellos supuestos en que se atribuye erróneamente a alguien la autoría de opiniones, manifestaciones, artículos, libros, etc., o sencillamente narran hechos sobre el mismo que son falsos. La

⁷⁵⁶ IGUARTUA ARREGUI, Fernando. “Responsabilidad civil...cit., p. 2246.

⁷⁵⁷ Resalta, no obstante, LLAMAZARES FERNÁNDEZ (Dionisio. *Derecho de la Libertad de Conciencia II – libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*. Madrid, Civitas, 1999, p. 29 y ss.) que son dos los tipos más significativos de posibles agresiones contra la identidad personal: 1) la vulneración de la integridad moral de la persona como consecuencia de la invasión ilegítima de la intimidad personal y la intromisión ilegítima en el honor de las personas; 2) por torturas, mutilaciones corporales, bien por no ser voluntarias, bien por ser contrarias al respeto de los derechos humanos. Indica el autor la protección penal (art. 515.3) referente a la libertad de conciencia, que puede ser invocada para tutelar el derecho a la personalidad, la cual dispone en el art. 515 “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración (...) 3.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de *alteración o control de la personalidad* para su consecución.”

⁷⁵⁸ AMAT LLARI, María Eulalia. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario...cit., p. 4.*

virtualidad de esta línea de protección frente a los medios de comunicación se hace evidente, toda vez que se proyecta a los casos en los que se imputa a alguien una declaración que, en realidad, no ha hecho o, incluso, frente a entrevistas ficticias que verdaderamente nunca se han realizado⁷⁵⁹”. El mencionado autor compara la eficacia del derecho a la intimidad español con el “derecho a la autopresentación” alemán, que proviene del derecho general a la personalidad del artículo 2.1, en conexión con el artículo 1.1, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Sobre esta doctrina en Alemania, apunta MEDINA GUERRERO que el derecho general de la personalidad comenzó a utilizarse por la jurisprudencia constitucional para suplir algunas carencias de la legislación, en cuanto ésta no establecía vías eficaces de protección frente a las informaciones que, vulnerando la esfera personal, no implicaban una ofensa al honor⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional...* cit., p. 105 y ss.

⁷⁶⁰ *Ibíd.*, Relata el autor que el Tribunal Supremo Federal, en 1954, solucionó un caso en el que se publicó como carta al director en nombre de un individuo lo que verdaderamente no era sino el escrito hecho por su abogado en su defensa. Entendió el Tribunal que esta forma de información «inducía a error» y que «lesionó la esfera propia personal del autor, porque las manifestaciones que él no había autorizado podían dar una imagen falsa de su personalidad». Admite MEDINA GUERRERO que es común en estos supuestos que pueda generarse una equivocada “imagen de la personalidad del sujeto”, sin que sea ésta difamatoria, pues “puede, así, presentarse al individuo ante la comunidad de un modo distinto a como a él le hubiera gustado presentarse, incidiéndose consecuentemente en su derecho a la personalidad. De acuerdo con la línea jurisprudencial que ha terminado por consolidarse en sede constitucional, el derecho general de la personalidad comprende «también la libertad del particular de determinar qué imagen personal de sí mismo quiere proporcionar», de tal manera que (...) ha de entenderse afectado este derecho «cuando se pone en boca de alguien manifestaciones que no ha hecho y que perjudican su consideración social definida por sí mismo». En definitiva, la concepción del derecho general a la personalidad como capacidad de autodeterminación de la imagen que de sí mismo uno quiere dar a la colectividad se traduce de inmediato, en la práctica, en instrumento de defensa genérico ante la divulgación de hechos falsos sobre una persona y señaladamente frente a las entrevistas ficticias y la imputación de manifestaciones que en realidad no se han hecho; casos que, lisa y llanamente, carecerían de protección constitucional a menos que se apreciara la vulneración del derecho al honor”. Confirmando esta posición jurisprudencial, informa ABREU (Luis Vasconcelos. “A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil: recentes desenvolvimentos jurisprudenciais, uma breve comparação luso-alemã” em *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II (2002), p. 457-475) sobre dos demandas interpuestas por Carolina de Mónaco: el BGH 11-11-94: una publicación por dos revistas de “entrevistas-exclusivas”, en las cuales la princesa hablaba sobre problemas de su vida personal, pero que la “entrevistada” en realidad no concedió. Le fueron atribuidas a Carolina de Mónaco, en discurso directo, un conjunto de afirmaciones sobre su vida íntima, no proferidas por ella, y, además, las dichas supuestas entrevistas fueron en portada y acompañadas de fotomontajes. El BGH las consideró una grave violación del derecho general de la personalidad. Y el BGH 05-12-1995: La Princesa Carolina de Mónaco apoyó una campaña a favor de instituciones que luchan contra el cáncer de mama y dos periódicos publicaron noticias, en portada, que llevaban a entender que la propia princesa padecía la enfermedad. Sin embargo, en el texto del reportaje se comprobaba que en realidad Carolina de Mónaco sólo estaba apoyando a dichas entidades. El BGH también estimó como graves las violaciones al derecho general de la personalidad de la ofendida, calificando la conducta de los periódicos como negligencia.

En esta línea, haciendo una analogía con la *privacy* estadounidense, que posee el criterio del *tort false light* como uno de los medios para identificar una ofensa, la doctrina española justifica la inclusión frente a la protección de la tergiversación de la *identidad* dentro de la tutela jurídica de la intimidad o del honor. Ateniéndonos de modo superficial⁷⁶¹ a la experiencia norteamericana, se indica el caso Lord Byron (1816) como el primer ejemplo del *tort false light*⁷⁶². El referido Lord era un conocido poeta que consiguió que se prohibiera la circulación de un “mal poema” que se le atribuía falsamente. Estaba claro que no llegaba a lesionar su reputación, pero era cierto que ofrecía al público una *falsa impresión* del poeta. Esta fue la idea que conformó la propuesta de PROSSER al citado *tort* que vulnera la *privacy*: permitir reclamaciones por algo que no llegaba a ser difamación, pero que ofendería profundamente al demandante⁷⁶³. En este sentido, argumenta FAYOS GARDÓ que la diferencia entre *tergiversación* y *difamación* reside en que con la primera, la persona se siente invadida en su intimidad (mejor dicho identidad personal) por una publicación ofensiva; mientras que con la segunda, se trata de proteger el interés de una persona en su reputación⁷⁶⁴. Resalta el referido autor que ese *tort* tiene por finalidad compensar por las falsedades que dañan, no la reputación, sino los sentimientos. En este contexto, la diferencia entre los dos *torts* se basaría en dos factores: 1) en el supuesto de *false light*, la publicación ha de ser muy ofensiva para una persona razonable y no tiene por qué incluir algo difamatorio, pues, incluso el decir algo bueno acerca de una persona, algo que la eleva en su reputación, podría ser objeto de demanda por este *tort* si lo publicado es *falso*; 2) en la difamación, por el contrario, lo publicado debe ser perjudicial a la *reputación*. Lo que la jurisprudencia ha intentado evitar, explica FAYOS GARDÓ, es que se utilice tal *privacy tort* como sustituto del de difamación cuando no se pueda utilizar éste, buscando así una difamación de segunda clase, y para ello se exige que lo publicado *sea muy ofensivo*, requisito que disminuye la cantidad de los supuestos de invasión por tergiversación. Las conductas del *false light*, coincidiendo con lo dicho por MEDINA GUERRERO, serían todas aquellas manifestaciones públicas en que se atribuye a las personas, opiniones, artículos o libros que no son suyos, el relato de hechos sobre las

⁷⁶¹ Por no ser objeto de este estudio.

⁷⁶² LÓPEZ DÍAZ, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad...cit.*, p. 203.

⁷⁶³ SALVADOR CODERCH, Pablo. *El mercado de las ideas...cit.*, p. 316.

⁷⁶⁴ FAYOS GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación... cit.*, p. 45 y ss.

mismas que no son verdaderos, la vinculación de la identidad de alguien en libros, catálogos, galerías de arte, etc., con las que no tiene ninguna relación, y por último la distorsión o exageración de hechos sobre una persona. Como advierte LÓPEZ DÍAZ, en todos los supuestos de este grupo de ofensas, ha de ser reconocida por terceros la publicación de la *falsa luz* que se proyecte sobre la persona en cuestión, y ha de configurarse una imputación no verdadera, que le produzca humillación, que sean inexactitudes que desfiguren la realidad y le produzcan un perjuicio⁷⁶⁵. Indica SALVADOR CODERCH que las conductas son subsumibles en las producidas (dolosa, negligente o azarosamente) en un contexto informativo y las relacionadas con la actividad de entretenimiento que, por naturaleza, posee la ficción como una de sus premisas basilares⁷⁶⁶. Sostiene FAYOS GARDÓ que, en cualquier caso, debe tratarse de imputaciones serias y rechazables para una persona normal en las circunstancias del caso, pues no son punibles *errores insignificantes*, como puedan ser por ejemplo inexactitudes de fechas biográficas o errores técnicos, ni tampoco la utilización de cierta fantasía en el lenguaje, cuando se narran los hechos⁷⁶⁷. Se suelen exigir, pues, dos requisitos para la reclamación del *tort*: 1) el carácter de ofensa grave (muy ofensiva para una persona razonable) de lo publicado y 2) el estándar de malicia real (*actual malice*), que consiste en constatar si se publica con dolo o negligencia grave respecto a la falsedad de lo publicado y la tergiversación ante la que se pone a la otra persona, eliminando, de este modo, la posibilidad de invocación de la llamada *strict liability*, responsabilidad objetiva del informador.

No obstante, revela FAYOS GARDÓ que en la práctica, la exigencia de una *ofensividad grave* provoca que la mayor parte de las demandas por *false light* sean desestimadas⁷⁶⁸. Esto es así, porque el concepto de grave ofensividad debe ser construido restrictivamente, de acuerdo con la Primera Enmienda, la cual considera ofensa grave los supuestos relacionados con hechos delictivos; los que como consecuencia de la falsa atribución de hechos tengan consecuencias graves, perjudiciales para el ofendido; y aquellos en que la historia publicada ha sido totalmente

⁷⁶⁵ LÓPEZ DÍAZ, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad...* cit., p. 203.

⁷⁶⁶ SALVADOR CODERCH, P. *El mercado de las ideas...* cit., p. 317.

⁷⁶⁷ FAYOS GARDÓ, A. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación...* cit., p. 45 y ss.

⁷⁶⁸ *Ibíd.*

inventada de una manera sensacionalista para intentar vender más, provocando el ridículo o la *distorsión* de la identidad de la persona. Por otro lado, la teoría de la malicia real ha ganado impulso con el famoso caso *New York Times Co. V. Sullivan*⁷⁶⁹, en el cual el Tribunal Supremo estadounidense decidió que no sería suficiente para condenar por difamación el que se hubieran publicado afirmaciones erróneas, en el supuesto de críticas vertidas contra cargos públicos, pues los errores simples son inevitables en el debate de cuestiones públicas, exigiendo que el injuriado probara que se hizo la afirmación con *malicia real*, con conocimiento de que era falsa o con indiferencia temeraria acerca de si la afirmación era falsa o no (*actual malice – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not*⁷⁷⁰). Sobre el *tort false light*, es común citar el ejemplo del caso *Cantrell vs. Forest City Publishing Co.*, el cual se basa en el hecho de que en Virginia, cinco meses después de que el marido de la señora Cantrell falleciese, muerte que tuvo como causa el hundimiento de un puente, un periodista gráfico fue a la casa de los Cantrell, estando ella ausente, e hizo fotos de sus hijos menores. Posteriormente, se publicó un reportaje en una revista que retrataba que la aludida familia se encontraba en una situación de penuria. La señora Cantrell demandó al periódico por la *falsa luz* con que se la había presentado ante la sociedad, pues se habían divulgado *circunstancias inexactas* de su vida personal; demanda que fue estimada porque el reportaje había incluido hechos y afirmaciones de indudable falsedad⁷⁷¹. Como advierten PIERINI, LORENCES y TORNABENE, la teoría de la malicia real introduce un cambio fundamental en la solución de los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, porque hace que queden incluidos dentro del derecho a transmitir información, afirmaciones erróneas o inexactas de hechos, salvo que se pruebe la *actual malice* del que efectúa la publicación, lo que comprende los casos de consciente falsedad de la noticia y de notorio desprecio por averiguar la verdad⁷⁷². En definitiva, para la existencia de vulneraciones por el *tort false light*, el que publica ha de haber actuado con conocimiento o negligencia grave (*actual malice*) respecto a la falsedad de

⁷⁶⁹ SALVADOR CODERCH, P. *El mercado de las ideas...* cit., p. 255 y ss.

⁷⁷⁰ SARAZÁ JIMENA, R. *Libertad de expresión...* cit., p. 281.

⁷⁷¹ LÓPEZ DÍAZ, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad...* cit., p. 203-204.

⁷⁷² PIERINI, Alicia; LORENCES Valentín, TORNABENE María Inés. *Hábeas data: derecho a la intimidad...* cit., p. 218.

lo publicado, y la tergiversación en que se sitúa a la otra persona ha de causar al afectado una *ofensa muy grave*, según el punto de vista de una persona razonable.

En efecto, se puede hacer un paralelismo entre los requisitos exigidos en los diversos países mencionados, para que pueda interponerse una demanda contra una ofensa a la “proyección pública de la personalidad del sujeto”. El hilo conductor va desde la teoría de la *corrección y de la buena fe* y de *segura objetividad* en Italia, pasa por el precepto de la *actual malice* o negligencia grave en los Estados Unidos y llega hasta el requisito de la *veracidad* en España. En otras palabras, se puede apreciar que existe un denominador común entre el *deber de diligencia*, la doctrina de la *corrección, de la buena fe y segura objetividad* y la teoría de la *malicia real o negligencia*, pues si el informador no actúa con la debida diligencia, ciertamente no habrá tenido en cuenta la corrección y buena fe con las cuales debe ejercer su oficio y tampoco se habrá guiado por una segura objetividad, lo que llevaría al menosprecio de la veracidad o a la falsedad de lo comunicado, y a actuar de modo *negligente e irresponsable* al transmitir la noticia. Se deduce de estos tres requisitos que el principio de veracidad funciona como un derecho de los ciudadanos y, también, como un objetivo del sistema político, pues el individuo tiene derecho a recibir información mediante una noticia en la que se haga una correlación objetiva entre los hechos acaecidos y el mensaje, descartándose la presentación engañosa, mendaz, maliciosa, negligente, de la información. Además el principio de veracidad es condición de existencia de una opinión pública libre, la cual está indisolublemente unida al pluralismo político, valor fundamental y requisito funcional del Estado Democrático. Se estudiará el principio de veracidad de modo más profundo más adelante⁷⁷³, pero es necesario resaltar aquí que se considera constitucionalmente veraz la información cuando la noticia: a) se base sobre hechos, no sobre simples rumores; b) que pueda constatarse el deber de *diligencia* del informador sobre las afirmaciones que realiza⁷⁷⁴; y c) que ese deber de diligencia sobre los hechos de los que va a informar exige que haya habido un previo contraste con datos objetivos. Se priva así de la protección constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsee lo comunicado.

⁷⁷³ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.9.2.1

⁷⁷⁴ SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 148/2002, de 15 de julio, FJ 5; 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6.

En España la veracidad es, por tanto, un criterio importante para ponderar si hubo o no negligencia en la transmisión de la noticia. La veracidad aclararía si hubo o no tergiversación o distorsión de la identidad personal, si se interpone la demanda con fundamento en el derecho al honor. No tan decisiva, empero, si se pretende tal derecho en relación con la “autopresentación” individual bajo el paraguas del derecho a la intimidad personal, porque, como afirma la jurisprudencia constitucional española, mientras la veracidad funciona, por regla general, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, desde otra perspectiva. El criterio decisivo para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria desde el punto de vista del interés público del asunto sobre el que se informa⁷⁷⁵. El Tribunal Constitucional de España ya ha decidido en algunas ocasiones, en cierta forma, sobre la gravedad de la ofensa al “derecho a ser uno mismo”, entendido como respeto a la identidad y a la calidad de miembro de la vida en sociedad, con la adquisición de ideas y experiencias, con las convicciones ideológicas, religiosas, morales y sociales que diferencian, y al mismo tiempo, singularizan al individuo. Parece que tal y como en Estado Unidos, la casuística podrá eliminar las pretensiones de éxito de una demanda que verse sobre esta perspectiva del derecho a la identidad personal, si se basan en el derecho al honor. La jurisprudencia constitucional afirma que si no constan en la noticia expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones innecesarias (*ofensividad muy grave*), que sólo puedan entenderse como insultos o descalificaciones dichas sin intención de informar, quizás no se estime como ilegítima la intromisión en el derecho al honor, y por consiguiente, no estaría protegido el derecho a la identidad personal. Se sostiene, en suma, que el carácter molesto o hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información misma, porque para sobrepasar el límite de lo tolerable, las expresiones inexactas han de ser consideradas como expresadas con *malicia cualificada* por un *ánimo vejatorio* o la *enemistad pura y simple*⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ SSTC 172/1990, de 11 de noviembre, FJ 3; 197/1991; 28/1996, 22/1995; 67/1998; 115/2000.

⁷⁷⁶ STC 105/1990.

Encontramos un ejemplo de este entendimiento en la STC 171/1990, de 11 de noviembre, el caso del «Piloto del Boeing», en el cual un periódico al transmitir una información sobre un accidente aéreo ocurrido en las proximidades del aeropuerto de Sondica (Bilbao), que ocasionó el fallecimiento de 148 personas y, entre ellas, el del Comandante de vuelo del avión siniestrado, publicó un *perfil individual-social* del piloto exponiendo una serie de cualidades positivas (ser un piloto experto, muy capacitado, muy experimentado y de los más expertos en el siempre difícil aeropuerto de Sondica, hombre grande, grueso, con carácter jovial y extrovertido) y otras negativas (exaltado y cambiante, que pasa de la euforia a la irascibilidad en un instante, que estaba pasando una mala racha y estaba deprimido) de su personalidad. Las informaciones llevaron a los hijos del piloto a interponer una demanda civil de protección de los derechos al honor y a la intimidad personal de su padre, porque consideraron que las expresiones innecesarias y descalificaciones perjudicaban su *buen nombre y fama*. El TC razonó que “(...) el contenido mismo de las expresiones cuestionadas y el que las mismas tenían como fondo un análisis crítico de un accidente aéreo en el marco de una excesiva siniestralidad del transporte aéreo en aquel momento, no cabe considerar que las expresiones utilizadas fueran *innecesarias* y *gratuitas* en relación con la información, ni que por su contenido y forma tuvieran una finalidad *vejatoria* o fueran producto de una *enemistad* personal. No eran así irrelevantes las informaciones publicadas sobre *las cualidades personales* del piloto, ponderándose, como se precisa en la demanda, tanto las innegables *cualidades positivas*, tratarse de un piloto muy capacitado, experimentado y de los más expertos, su carácter jovial y extrovertido, como también sus *defectos*, en sí mismos, además, *no contrarios a la honra o a la buena fama*, como el carácter irascible, o el que estuviese pasando una mala racha personal y hubiese sufrido depresiones. Ello se expone, además, para cuestionar la diligencia de la dirección de la compañía al permitirle volar en esa situación. Se trataba de datos y calificaciones relevantes para la información y, además, presentados dentro de los límites de lo *tolerable*, al *no utilizarse expresiones vejatorias ni suponer un propósito de descalificación o descrédito global de la persona*. El órgano judicial debe examinar las expresiones utilizadas dentro del contexto general de la información en que se realizan, y en ese contexto, teniendo en cuenta el interés público de la información efectuada, tales expresiones no pueden considerarse como afirmaciones

absolutamente innecesarias ni que utilicen términos reprobables y vejatorios para el afectado⁷⁷⁷”.

Otro supuesto que ejemplifica el derecho a la identidad personal en el contexto del derecho al honor sería el de la STC 240/1992, de 21 de diciembre, el caso de “El Cura de Hío”, en el que se publicó un artículo en un periódico bajo el título «Un cura de Cangas de Morrazo inicia la cruzada contra los nudistas gallegos», en el que se afirmó que «El cura párroco de Hío» había encabezado un grupo de vecinos «que, armados de palos y estacas, increparon y amenazaron a los nudistas acampados en la Playa de Barra...» y que los nudistas «consideran que la campaña en contra de su permanencia en la zona está instigada por don Andrés, el párroco, cuya presencia se hizo ostensible en la operación de desalojo». Posteriormente, se publicó, rectificando la información anterior, otro artículo sobre el tema, con el antetítulo «No tengo arte ni parte en el conflicto de los bañistas, afirma el párroco de Hío», en cuyo texto se recogían las declaraciones de éste negando su participación en los sucesos y su presencia entre el grupo de vecinos que acudió al intento de desalojo de los campistas, así como las de los vecinos confirmando que aquél no se encontraba en dicho grupo y que estaba al margen del conflicto. Quedó acreditada en el proceso judicial su no participación en los hechos, y se reconoció el error en el que había incurrido el periódico al referirse en el artículo al párroco de Hío, en lugar de al de Viñó. El fundamento de la demanda, pues, se centró en la no veracidad de la información, pues el error informativo habría producido la *alteración en la identificación* de la persona a la que se refería el hecho noticiable, no habiendo observado el medio periodístico la diligencia que les era exigible para la contrastación o verificación de la información transmitida. El Alto Tribunal Español decidió que “el *error en la identificación* de la persona a la que se refería el hecho noticioso, *con independencia de la importancia que sin duda tiene para quien aparece erróneamente implicado en la noticia*, no puede considerarse, sin embargo, que afecte de modo determinante al contenido esencial de la información ni altere la relevancia pública y social de los hechos comunicados, ya que era, sin duda alguna, la condición de sacerdote de la persona que se había visto involucrada en los referidos acontecimientos y su destacada participación en los mismos, dada la posición que

⁷⁷⁷ STC 171/1990, FJ 10.

asume en la comunidad, lo que constituía extremo relevante de la información, como por lo demás ponen de manifiesto los titulares del artículo en cuestión. No debe dejarse de subrayar, en este sentido, que dicha información se enmarca en el contexto de un artículo periodístico de unas mayores pretensiones comunicativas, como revela su lectura, cuya esencia era destacar el contraste de ciertos hábitos con la moralidad y costumbres tradicionales. Debe concluirse, pues, que *la inveracidad o inexactitud parcial* de la información, como consecuencia del *error de identificación* en que se incurrió, *no alcanza, en el presente supuesto, trascendencia suficiente como para entender quebrantado su carácter de información veraz y, en consecuencia, privarla de protección constitucional*, por no afectar el mencionado error al contenido esencial del mensaje que se transmite”⁷⁷⁸. Sobre el deber de diligencia del informador, se argumentó que “consta que el periodista que obtuvo la información y la comunicó a su diario la contrastó, antes de su publicación, con un profesional de Televisión Española en Galicia, presente durante los acontecimientos relatados, quien se la confirmó. Pese ello, fuere, como se alega en la demanda, por la similitud fonética de la denominación de una y otra localidad, fuere, como también se alegó en el proceso judicial, por la proximidad a ambas localidades del lugar en el que acontecieron los hechos, lo cierto es que en el texto del artículo se *identificó erróneamente la localidad* a la que pertenecía el párroco *y a la persona de éste*. Pero del *carácter involuntario de dicho error* prueba el hecho de que el mencionado periodista también se preocupó de contrastar la información con la persona aludida en la misma, si bien este intento de ponerse en contacto con la persona afectada fue infructuoso al haberse ausentado ésta del municipio en dichas fechas, como posteriormente quedó acreditado en autos. Aunque es cierto que pudo haberse intentado la contrastación de la información con otras fuentes distintas, no lo es menos, sin embargo que, a tenor de los datos expuestos, no cabe apreciar en el informador y en el medio de comunicación *una actitud negligente e irresponsable* en la indagación de la veracidad de lo informado, por lo que la exigencia de contrastación o verificación de lo comunicado ha de considerarse cumplida en el presente caso”. Se hizo referencia también a la rectificación del medio periodístico, pues “una rectificación cuando se produce de modo espontáneo por el propio autor de la información o el medio que la divulgó, por su propia iniciativa o a indicación del interesado -como aquí ha ocurrido-

⁷⁷⁸ STC 240/1992(FJ 6)

es sin duda reveladora de la actitud del medio de información o del periodista en la búsqueda de la veracidad de lo informado. Y aunque la rectificación de las informaciones no suplanta ni, por tanto, inhabilita ya, por innecesaria, la debida protección del derecho al honor, sí la matiza o modula en supuestos como el presente, pues constituye un mecanismo idóneo para corregir y aclarar los errores que involuntariamente, y a veces de *manera inevitable*, se deslizan en una información rectamente obtenida y difundida, y que no afecten a la esencia de lo informado”.

Sin embargo, como ya se ha dicho, el criterio de la veracidad de los hechos divulgados sobre una persona no tiene un papel imprescindible cuando se trata proteger la intimidad, pues la jurisprudencia constitucional de España entiende este derecho desde una concepción *subjetiva y formal*, dado que “a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, *reales o supuestos*, de su vida privada, personal o familiar⁷⁷⁹ (...) Corresponde, pues, a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, *sea cual sea lo contenido en ese espacio*⁷⁸⁰”. La intimidad confiere a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. No se garantiza, con tal tutela, 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 se protege, de este modo, “es un derecho al secreto, a ser *desconocido*, a que *los demás no sepan qué somos o lo que hacemos*, vedando que 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*. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de *no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida*, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos

⁷⁷⁹ SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997.

⁷⁸⁰ STC 115/2000, de 10 de Mayo, FJ 4.

constitucionalmente protegidos⁷⁸¹”. Desde este punto de vista, “*el que la información sea o no veraz, por indisociable que sea del juicio sobre el inicial encuadramiento del mensaje en el art. 20.1.d) C.E. a efectos de determinar si el mismo merece protección constitucional, es irrelevante para establecer si ha habido o no lesión del art. 18.1 C.E., ya que, si la información transgrede uno de sus límites (art. 20.4 C.E.), su veracidad no excusa la violación de otro derecho o bien constitucional*⁷⁸²”.

En efecto, como ha afirmado anteriormente MEDINA GUERRERO, esta línea argumental del Tribunal Constitucional de España tiene en cuenta que una información falsa puede ser también lesiva para el derecho a la intimidad, pues su difusión puede dar lugar a una pérdida de la intimidad. Un individuo siempre pierde su “privacidad” cuando se convierte en el centro de atención⁷⁸³. De forma análoga, creo que aquí podría encajarse la protección del llamado derecho a la identidad personal, pero no sería en el sentido de *afirmación de la verdad personal*, sino de *exclusión* de la información de esta verdad, por invadir el ámbito íntimo de la persona. Un ejemplo en el que se entremezclaron el derecho a la identidad personal y el derecho a la intimidad fue en el caso de la “Niñera de Isabel Preysler”, cuando una revista publicó varios reportajes, bajo el título «La cara oculta de Isabel Preysler», con abundante información gráfica, en el que la señora María Alejandra Martín Suárez, que había trabajado durante cierto tiempo en el domicilio de la señora Preysler cuidando a una de sus hijas, expresaba sus opiniones y exponía múltiples hechos y situaciones relacionados con la señora Preysler Arrastia y sus familiares y amigos, así como sobre el hogar y los modos de vida habituales de quienes convivían en el mismo. El Tribunal afirmó que “se desprende con claridad que las declaraciones que se contienen en el mismo han invadido ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este ámbito indudablemente pertenecen. Como es el caso, entre otros extremos relativos a la esfera de la intimidad personal, de la divulgación de *ciertos defectos, reales o supuestos, en el cuerpo o de determinados padecimientos en la piel*, así como de *los cuidados que estos requieren* por parte de la Sra. Preysler Arrastia o los medios para ocultar aquéllos; al igual que la

⁷⁸¹ STC 134/1999, de 15 de Julio, FJ 5.

⁷⁸² SSTC 171 y 172/1990, 197/1991, 20/1992 y 134/1999

⁷⁸³ MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional...*cit., p. 104 y ss.

divulgación de los efectos negativos de un embarazo sobre la belleza de ésta. A lo que cabe agregar, asimismo, la amplia descripción que se ha hecho pública de la vida diaria y de los hábitos en el hogar de la recurrente, junto a las características de ciertas prendas que usa en la intimidad. Y en lo que respecta a la esfera familiar de la intimidad, también cabe apreciar que se han divulgado datos sobre las relaciones de la recurrente tanto con sus dos anteriores maridos como con el actual, con sus padres y, muy ampliamente, *sobre el carácter y la vida de sus hijos*; a lo que se une la difusión de la vida diaria y los hábitos de los familiares en el hogar, de los concretos regalos que se intercambian en las fiestas de Navidad o del dinero de que dispone una de sus hijas”. En este supuesto, aunque de modo subsidiario, se protegió la *verdad personal* de la demandante y de sus familiares junto con otros aspectos de su intimidad. Quizás, no obstante, sea realmente el derecho de rectificación la garantía que más se acerque al cometido *afirmativo* del derecho a la identidad personal, que estaría reforzado con la doctrina de la *libertad informática*, aunque limitado al terreno de la protección de datos de carácter personal, pues “el derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales⁷⁸⁴”.

En Brasil, la mayoría de la doctrina que se dedica a estudiar el derecho a la identidad personal, lo relaciona con el nombre y/o con la historia personal. Los autores tradicionales circunscriben su atención al papel social decisivo que el nombre ofrece al individuo. Sostiene, por ejemplo, CARLOS ALBERTO BITTAR que sobre el objeto del derecho al nombre “o bem jurídico tutelado é a identidade, que se considera como atributo ínsito à personalidade humana. O direito essencial é ao nome, mas também recebem proteção os acessórios (como o pseudônimo, a alcunha e o hipocorístico, este a designação carinhosa, geralmente pelos íntimos). Envolve, ainda, a doutrina do nome a defesa da pessoa jurídica, exatamente para distingui-la no imenso universo empresarial⁷⁸⁵”. Por su parte, plantea SILVIO ROMERO BELTRÃO que “A pessoa, para poder desenvolver sua personalidade, supõe por natureza uma identidade pessoal e o reconhecimento social dessa identidade (...) A identidade pessoal somente se consegue

⁷⁸⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

⁷⁸⁵ BITTAR, C. A. *Os Direitos da personalidade...*cit., p. 125.

atribuindo à pessoa um nome, o qual passa a ser admitido juridicamente como direito da personalidade⁷⁸⁶”. Informa DUVAL⁷⁸⁷ que el debate sobre el *direito ao nome*⁷⁸⁸ en tierras brasileñas, tuvo su impulso con la monografía sócio-jurídica de SPENCER VAMPRE⁷⁸⁹, seguido por RUBENS LIMONGI FRANÇA⁷⁹⁰. DUVAL apunta la función identificadora del nombre civil (y comercial), y lo relaciona con los problemas de su alteración, modificación o supresión, o de la competencia desleal. Por otro lado, está muy en boga, entre los autores que componen la doctrina del *direito de familia*, la vinculación del derecho a la identidad personal con la *historia* personal, en la cual se incluirían la investigación de la paternidad o de la maternidad (la identidad genética) y la transexualidad (verdad personal)⁷⁹¹.

⁷⁸⁶ BELTRÃO, S. Romero. *Direitos da personalidade...cit.*, p. 117.

⁷⁸⁷ DUVAL, Hermano. *Direito à imagem... cit.*, p. 33-36.

⁷⁸⁸ En esta línea, el Código Civil Brasileño de 2002 ha dedicado los artículos 16 a 19 al derecho al nombre. No se tutela únicamente el nombre, sino también el pseudónimo adoptado para actividades lícitas. Aunque la Constitución Brasileña de 1988 no haya incluido, expresamente, el derecho al nombre, el legislador civil pretendió diferenciar tal bien jurídico de los demás que integran la personalidad. Conviene tener en cuenta que la justificación del derecho al nombre también puede ser atribuida a la necesidad jurídica del individuo de tener su propia individualidad, distinguiéndose de los otros semejantes, lo que le diferencia de las otras personas en las relaciones sociales. Del nombre, pues, emana un derecho que es propio y autónomo, basado en las señales verbales o escritas, que son reconocidas mediante un proceso lógico y racional y determinan la identificación de un individuo. La autonomía del derecho al nombre, puede ser defendida por la legislación civil que establece la posibilidad de rectificación del nombre cuando éste sea vejatorio, ridículo, risible, grotesco, susceptible de bromas o de desvalorización moral. Además, dispone la persona de la facultad de cambiar el nombre en puntuales casos, pues hay desvalorización moral cuando el nombre insinúa defectos o características de la persona las cuales representen su condición física o psíquica.

⁷⁸⁹ VAMPRE, S. *Do nome civil*, Rio de Janeiro, F. Briguiet, 1935.

⁷⁹⁰ FRANÇA. Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958.

⁷⁹¹ Vid: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias* (3ª ed. rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e Direito à Identidade Genética*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007; FARIAS, Cristiano Chaves. *Escritos de Direito de Família*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007; NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2006; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*. Caxias do Sul: Plenum, 2007; PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007; VIEIRA, Tereza Rodrigues. “O cérebro e o direito à identidade sexual” in: *Consulex: revista jurídica*, v.10, n.219, p.13, fev., 2006; BARBOZA, Heloisa Helena. “Direito à identidade genética” in: *Juris Poiesis : revista do curso de direito da Universidade Estácio de Sá*, v.7, n.1, p.123-132, 2004; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. “Direito da personalidade no novo código civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana” in: *Questões controvertidas no novo código civil* (v.1). São Paulo: Método, 2004, p. 45-90; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Se eu soubesse que ele era meu pai... (direito à identidade genética)” in: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 2001/2002, v.2/3, n.2/3, p.121-134; PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “A identidade genética do ser humano: bioconstituição; bioética e direito” *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.8, n.32, jul./set., 2000, p.88-92; MORAES, Maria Celina Bodin de. “A tutela do nome da pessoa humana”, in *Revista forense*, v.98, n.364, p.217-228,

No obstante, ya hay voces que sostienen que si el “derecho a ser uno mismo” - entendido como respeto a la identidad y calidad de miembro de la vida en sociedad, con la adquisición de ideas y experiencias, con las convicciones ideológicas, religiosas, morales y sociales que diferencian, y al mismo tiempo cualifican al individuo - ha sido reconocido en la experiencia jurídica de otros países, no hay duda de que en Brasil también se habrá de encontrar una tutela, aunque sea bajo la forma genérica de intromisión ilegítima, para que se proteja la identidad de la persona cuando se publican *hechos falsos, inexactos y no deshonrosos* que alteran, distorsionan, tergiversan y afectan a la personalidad del individuo. Esta protección, empero, no puede ser encuadrada en el derecho a la propia imagen, el cual protege jurídicamente la representación gráfica del *aspecto visual físico externo* de la figura humana, no sus *cualidades psíquicas*. Sobre esta controversia, opina SZANIAWSKI que el ordenamiento jurídico brasileño no ha delimitado bien los contornos del derecho a la propia imagen, en relación con el derecho de disposición de la propia imagen y el derecho a la vida privada, pero indica que sí la jurisprudencia se pronuncia sobre esta diferencia⁷⁹². Además, afirma que “deixam de distinguir as hipóteses em que ocorre uma violação do direito ao resguardo, dos casos onde é praticada uma *alteração pública da personalidade de alguém*. Ambas as figuras não se confundem. Enquanto o direito ao resguardo (intimidad) objetiva a proteção do individuo contra a intrusão ou a divulgação de sua vida pessoal e familiar, resguardando-o igualmente contra a realização de investigações em sua vida privada, a proteção contra a alteração pública da personalidade de alguém tem por escopo tutelar as pessoas contra a *apresentação inexata de sua personalidade ao público através dos meios de comunicação*. Distinguem-se ambas as tipificações dos direitos de personalidade, por possuírem interesses diversos. O direito ao resguardo visa proteger a privacidade do indivíduo, impedindo que terceiros venham a conhecer aspectos secretos e íntimos de sua vida privada e familiar através da simples observação, espionagem, ou pela atuação ilícita da imprensa fala ou escrita que divulgue ao público esses segredos. O interesse na tutela da personalidade contra sua alteração por outrem, está relacionado com o respeito à

nov./dez. 2002; ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. *Do nome da mulher casada: direito de família e direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

⁷⁹² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela...* cit., p. 223.

identidade da pessoa, à veracidade de sua personalidade física, moral e intelectual, possuindo, conseqüentemente, a vítima de um atentado de alteração pública de sua personalidade o direito de resposta, através do qual, o agente causador do atentado deverá retificar o equívoco accidental ou proposital, a fim de trazer ao público a verdadeira personalidade do ofendido”. Huelga inferir que el aludido autor proyecta en la protección de la “alteración pública de la personalidad” una independencia conceptual del derecho a la intimidad, aunque no haya indicado una norma jurídica que, de modo expreso, le permita hacer tal alegación.

Con un razonamiento similar, ENÉAS COSTA GARCIA ve de manera más nítida la configuración del derecho a la identidad desde esta perspectiva de alteración, distorsión o tergiversación del “perfil individual-social” de la persona⁷⁹³. El citado autor, basándose en la experiencia italiana⁷⁹⁴, defiende que “o ser humano, na sua vida

⁷⁹³ GARCIA, Enéas Costa. “Direito à identidade pessoal” in *Atualidades Jurídicas*, 3 (coord. Maria Helena Diniz). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 165-197.

⁷⁹⁴ Se refiere a varias sentencias de los tribunales de justicia de Italia, afirmando que “(p. 171) o direito à identidade pessoal nasce de um caso julgado nos anos setenta, e de alguns congressos científicos a respeito, que influenciaram a jurisprudência italiana. O caso precursor é datado de 06-05-1974, sentença de um juiz de Roma. Na Itália, por ocasião do referendo promovido a respeito da lei do divórcio, foi publicado um cartaz publicitário com a imagem de um homem e de uma mulher. Ambos eram retratados como se fossem casados, agricultores e favoráveis à revogação da lei do divórcio. Na verdade o casal não ostentava nenhuma dessas características, pelo contrário, eram notórios defensores do divórcio e até mesmo haviam sido co-autores da referida lei. O juiz, além de reconhecer a existência do direito à imagem, identificou a lesão a outro interesse jurídico protegido, o direito da pessoa à sua própria identidade. Entendeu o julgador que, por três vezes, havia sido desnaturalizada a personalidade das figuras retratadas no cartaz: quanto ao estado civil, ao exercício da profissão e à convicção ideológica. (...) o juiz determinou a proibição da divulgação da propaganda lesiva, bem como impôs a publicação de um comunicado dirigido a restabelecer a chamada verdade pessoal, que havia sido distorcida. Este conceito de verdade pessoal vai transforma-se no núcleo do direito à identidade pessoal. Outro caso(p. 172) de importante repercussão nesta doutrina é o PANELLA. Trata-se de uma sentença proferida pelo juiz de Turim, em 30-5-1979. Marco Panella, conhecido líder político, líder do Partido Radical Italiano, ingressou com uma ação contra a representação de Turim do Partido Comunista Italiano, visando proibir a distribuição de um folheto de propaganda política, veiculada pelo réu. O autor insurgiu-se contra o folheto publicitário porque havia a afirmação de que ele estivera inscrito na lista de candidatos de um partido político, de inspiração ideológica contrária ao partido do qual ele fazia parte, fato que não era verdadeiro. O juiz de Turim considerou que a afirmação contida no volante não representava um atentado contra a honra da pessoa envolvida, pois não se podia considerar desonroso pertencer a um determinado partido político cuja ideologia não era incompatível com o sistema democrático e constitucional de governo. Não obstante, na sentença se sustenta que tal afirmação lesionava a coerência política e a dignidade do destacado expoente do Partido Radical Italiano. A consagração jurisprudencial do direito à identidade pessoal (p. 173) ocorre com o denominado caso VERONESI, inicialmente julgado no Tribunal de Milão e posteriormente apresentado à Corte de Cassação. Umberto VERONESI, famoso cientista, notoriamente conhecido como opositor ao tabagismo, membro de um instituto destinado à pesquisa e cura do câncer, fez uma conferência onde alertava a respeito do grave perigo que o fumo representava para a saúde das pessoas. Em determinado momento, fez considerações a respeito de algumas marcas de cigarro que seriam de menor potencial ofensivo à saúde, reduzindo em quase cinquenta por cento o risco de

em sociedade, cria determinados perfis, uma verdadeira *imagem espiritual* ou ideal, pelos quais passa a ser reconhecido e identificado no seio da sociedade. Essa *imagem ideal* deve ser preservada, sendo tutelada pelo direito. Logo, a conduta que altere o *perfil social* da vítima, que contrarie a sua imagem ideal, deve ser considerada ilícita, atribuindo ao lesado a prerrogativa de reagir para restabelecer a sua *verdadeira identidade*. O escopo desse novo direito, segundo Alpa, Bessone e Carbone é de salvaguardar intacto o *perfil ideal da pessoa* por meio das representações que a *mass media*, agências de informações, *opinion makers*, e outros sujeitos que divulgam as notícias possam propor”. Sin embargo, resalta que “Poder-se-ia argumentar que seria despicienda a criação desse novo direito da personalidade. Outros direitos poderiam tutelar o interesse em foco. Assim, quando essa alteração da personalidade ocorre por meio da utilização da imagem, o direito à imagem seria suficiente para restabelecer a ordem. De outro lado, poder-se-ia recorrer ao direito à honra, ou mesmo há quem defenda que o recurso ao direito ao nome seria suficiente. Entretanto, a doutrina especializada caminha, a passo firme, no sentido de reconhecer autonomia ao direito à identidade pessoal, esforçando-se na delimitação desse direito subjetivo, afastando-o de outras figuras próximas (...) Apesar da distinção entre o direito à identidade pessoal e os demais direitos da personalidade ser alvo de tópico próprio, desde logo é preciso assentar a *idéia de que este direito não se confunde com o uso indevido da imagem, concebida como manifestação física dos sinais qualificativos da pessoa*. Na verdade, o *objeto de tutela é o conjunto dos diversos aspectos ideais da personalidade, o que, somente à falta de outra nomenclatura, pode ser chamado de imagem ideal ou moral, para contrastar com o direito à imagem, que envolve o aspecto físico (...)* geralmente o

contrair a doença. Uma empresa, utilizando-se dessa parte da entrevista, elaborou peça publicitária na qual mencionava que sua marca de cigarro era uma daquelas de menor potencial lesivo. O Tribunal de Milão, além de reconhecer que as declarações foram utilizadas sem autorização do renomado cientista, concluiu que a identidade pessoal fora violada, pois o teor da peça publicitária dava a entender que o cientista estaria recomendando a marca de cigarro, o que contrariava todo o passado profissional da vítima, conhecida por sua luta contra o fumo. Ademais, a aparência que a publicidade gerava, colocava em risco não só o prestígio profissional do cientista como também do instituto ao qual ele pertencia.

A Corte de Cassação aduziu que: cada sujeito tem um interesse, geralmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado na vida de relação com sua verdadeira identidade, tal como esta é conhecida ou poderia ser conhecida na realidade social, geral ou particular, com a aplicação dos critérios da normal diligência e da boa-fé subjetiva. O sujeito tem interesse que o exterior não se altere, desnature, ofusque seu próprio patrimônio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profissional, tal como se havia exteriorizado ou aparecia, em base de circunstancias concretas e unívocas no ambiente social. O direito à identidade pessoal tende a garantir a fiel e completa representação da personalidade individual do sujeito no âmbito da comunidade geral e particular, na qual a personalidade vem se desenvolvendo, exteriorizando e solidificando”.

direito à identidade é associado à proteção do nome e dos sinais distintivos, inclusive daqueles pertencentes às pessoas jurídicas. Contudo, ao tratarmos do *direito à identidade pessoal*, temos em vista os aspectos componentes da personalidade que distinguem a pessoa no meio social. Não apenas o nome, mas também o seu perfil, as variadas manifestações da sua personalidade no campo profissional, social, familiar, filosófico, religioso, etc...⁷⁹⁵”. Empero, precisamente sobre la distinción entre imagen e identidad personal concluye que “o direito à própria imagem protege a representação física da personalidade, enquanto que o direito à identidade pessoal protege os *elementos morais* (os perfis) da pessoa. A imagem é constituída de um elemento materialmente perceptível e reproduzível que identifica o sujeito na sua aparência física, enquanto a identidade pessoal atém-se aos aspectos morais, intelectualmente representáveis da personalidade. Neste sentido, apenas por *força da figura de linguagem* se diz que o direito à identidade cuida da imagem moral. Na verdade, o referido direito tem por objeto as manifestações dinâmicas da personalidade, aspectos que não se confundem com a simples representação física. Enquanto a imagem é a reprodução identificável dos traços físicos de uma pessoa sobre qualquer suporte material, a identidade pessoal abarca um perfil mais amplo da imagem projetada a terceiros, reveladora de uma bagagem cultural que não encontramos no direito à imagem⁷⁹⁶”. Concibe COSTA GARCIA el derecho a la identidad personal como “o interesse juridicamente protegido de exigir que a personalidade não seja representada de maneira infiel, desnaturada ou alterada por meio da atribuição de condutas, atributos ou qualidades que não guardam relação com ela ou pela omissão daqueles que são determinantes da sua configuração. O direito de não ver desnaturado ou alterado o próprio perfil externo, psicossomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico e profissional”, y fundamenta su concepción, de forma adecuada, en el principio de la dignidad de la persona humana, defendiendo el reconocimiento de un derecho general de la personalidad, y estableciendo la base normativa para la conformación del derecho a la identidad personal en el *direito de resposta* del artículo 5º, V, y en el *Habeas Data*, artículo 5º, LXXII, “b”, ambos de la Constitución Brasileña de 1988⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ *Íd.*, p. 167-168.

⁷⁹⁶ *Íd.*, p. 183-184.

⁷⁹⁷ *Ibíd.*

En este contexto, he de resaltar que mi intención al describir este breve relato de la construcción jurídica del derecho a la identidad personal no es ofrecer un fidedigno concepto al respecto ni tampoco teorizar sobre su configuración jurídico-constitucional, pues esta labor exigiría un estudio propio y más exhaustivo del que ahora he llevado a cabo⁷⁹⁸. En realidad, mi objetivo al exponer la existencia de este derecho se ciñe, exclusivamente, a establecer y poner de relieve mi coincidencia con las opiniones progresistas y confluentes de la mayoría de los autores citados en este epígrafe: el derecho de la persona a exigir que su personalidad no sea representada de manera no fiel, tergiversada, desnaturalizada o alterada por medio de la imputación de conductas, atributos o cualidades que no tienen relación con ella o por la omisión de las características que son determinantes en su configuración; el derecho a no ver alterado el propio perfil, psicosomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional, no puede confundirse con la facultad de aprovechar o de excluir la posibilidad de representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana, pues son bienes jurídicos distintos, con conformación y objeto divergentes. La importancia del derecho a la identidad personal, como matriz del derecho a la propia imagen tiene una lógica conceptual-instrumental. La imagen humana, como he argumentado, es actualmente la mejor forma de identificar a una persona. Tanto es así que si una imagen no es capaz de identificar a su titular, su publicación no será ilícita. Los teóricos que relacionan el derecho a la propia imagen con la teoría del derecho a la identidad defienden que la imagen personal constituye un bien tutelado por el ordenamiento jurídico en cuanto es factor de identificación individual. Por supuesto, es inevitable constatar este valor identificador de la imagen, el cual, como ya he definido en un momento anterior, forma parte de sus peculiares características⁷⁹⁹. Es innegable, por tanto, que la *apariencia física* sirve de instrumento para la identificación de cualquier persona, pues la imagen individualiza a la persona y da forma concreta *visual* a la personalidad⁸⁰⁰. Es el primero y más perceptivo signo natural corporal que diferencia, distingue y, por consiguiente, identifica a la persona⁸⁰¹.

⁷⁹⁸ En realidad, sería objeto, seguramente, de otra tesis doctoral.

⁷⁹⁹ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.2

⁸⁰⁰ Como KEYSSNER alegó que puede imaginarse una persona sin nombre, pero no sin fisonomía, *apud* GITRAMA GONZÁLEZ, “*Imagen (derecho a la propia)*... cit., p. 307.

⁸⁰¹ ROYO JARA, *op. cit.*, p. 22.

Sin embargo, para aprehender la neta separación de esos dos bienes jurídicos, afirma WALTER MORAES que no debe confundirse la identificación con la individuación⁸⁰². La imagen, por supuesto, realiza las funciones de individuar e identificar a la persona, pero para comprenderla como objeto de un derecho, debe intervenir aún otro factor: la mediación de un proceso de percepción *visual* de la imagen⁸⁰³. A mi juicio, se impone, además, una distinción entre el objeto y el objetivo de tales derechos. La propia imagen se presta, *ab initio*, a la *individuación del aspecto físico y visible* de la persona humana y, en consecuencia, uno de los objetivos del derecho a la propia imagen puede ser la identificación. El objeto del derecho a la propia imagen, por tanto, se interrelaciona con un interés personal de la persona a individuarse o no, a destacar o a excluir la posibilidad de la manifestación su propia *individualidad* a través de la representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales *visibles* del *aspecto físico externo* que la singularizan y hacen reconocible su figura humana. Dicho esto, se ha de razonar que la identificación a través de la imagen puede, entonces, configurarse como un objetivo de tal derecho, y no una circunstancia principal. Como ya alertaba DE CUPIS, la necesidad de proteger a la persona contra la arbitraria difusión de su imagen deriva de una exigencia individualista, según la cual la persona debe ser quien decida consentir o no la reproducción de sus propias evocaciones o expresiones, pues el sentido de la propia individualidad crea una exigencia de autodeterminación⁸⁰⁴. A su vez, la identificación, objeto principal de la identidad personal, puede ser realizada por otros medios, como el psicológico, el sociológico; de modo que no es obligatoria y únicamente alcanzada por el uso de la imagen (física). En efecto, el objeto del derecho a la identidad personal se desarrolla dentro de un contexto de una actuación *positiva*, de identificarse, que proviene de la conjugación de la *historia* y de la *verdad personales*, como exigencia de la “identidad individual” y de la “identidad relacional”⁸⁰⁵. Se ha de deducir que la identificación connota un matiz de *afirmación* de la interioridad (*verdad personal*), procedente del derecho de cada persona a vivir en concordancia consigo misma, una manifestación de la libertad de conciencia proyectada exteriormente en

⁸⁰² MORAES, W. “Direito à própria (I)... cit., p.73

⁸⁰³ AZURMENDI ADARRAGA, A. *El derecho a la propia imagen...cit.*, p. 43.

⁸⁰⁴ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade...cit.*, p. 130.

⁸⁰⁵ Utilizando los conceptos de Paulo OTERO.

determinadas opciones de vida y, del mismo modo, un matiz de constatación de la propia exterioridad-relacional (historia personal), resultado de una exigencia relacional de conferir identidad a los individuos. Para ello, el derecho a la identidad personal utiliza como “instrumentos” el derecho al nombre, el derecho a la *palavra* (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, lo “utiliza” el derecho a la intimidad o el derecho al honor, como se ha analizado en los apartados anteriores. No obstante, esta característica de “derecho-medio” no puede impedir la autonomía del derecho a la propia imagen, pues su objeto jurídico, como se ha concluido, está bien delimitado, y se refiere al derecho a decidir sobre 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.

En este sentido, CLÁDUDIA TRABUCO sostiene que “(...) Da mesma forma, do conceito de imagem física, que faz parte da «configuração somático-psíquica de cada indivíduo», deve ser distinguido o seu retrato ou *imagem moral*. Esta é uma noção que se refere à sua *identidade psíquica*, às suas capacidades, instintos, talentos intelectuais e artísticos, objetivos e traços de carácter que podem ser, em alguns casos, apreensíveis por intermédio de testes psicológicos, análises de personalidade ou exames de aptidões e competência para o desempenho de determinadas funções ou actividades. Simultaneamente, o direito à imagem afasta também do seu núcleo de protecção a *história pessoal* dos indivíduos, a identidade que estes assumem perante a sociedade construída com base nas suas acções, omissões e circunstâncias que em cada momento rodearam o curso das suas vidas. Esta representação de carácter sócio-ambiental do ser humano, a imagem da sua vida, pode ser atingida sem que, concomitantemente, seja detectada uma violação da sua honra, bom nome ou reputação. Isto porque, numa época em que a construção da “imagem” de diversos indivíduos, nomeadamente políticos ou membros do mundo do espetáculo, se tornou algo vulgar, a atribuição de determinadas características ou qualidades a alguém que não correspondam exactamente à realidade, pode constituir apenas um desvio à representação que os outros têm desse indivíduo

sem que, no entanto, a sua honra ou reputação cheguem efectivamente a ser afectadas⁸⁰⁶”. En este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lusitano reiteradamente há afirmado que el derecho a la propia imagen “*não consiste, por isso, num direito de cada pessoa a ser representada publicamente de acordo com aquilo que ela realmente é ou pensa ser*⁸⁰⁷”. Por ello, es incuestionable afirmar que el derecho a la propia imagen se destina exclusivamente a la posibilidad de la representación gráfica de las evocaciones o expresiones del aspecto *físico* externo de la persona humana, mientras que el derecho a la identidad se presta, mucho más, al reconocimiento *psicológico o psíquico*. El derecho a la propia imagen, insisto, puede tener como objetivo la identificación, que es objeto del derecho a la identidad personal, pero su objeto siempre diferirá de ésta, por estar enfocado a la protección de la exposición de la individualidad de su titular, conformada en la facultad de excluir o permitir la posibilidad de representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo que le singularizan y hacen reconocible su figura humana.

En efecto, la casuística podrá ayudar a precisar esta delimitación. Un ejemplo de ello sería el caso de una ofensa al derecho a la propia imagen sin que haya sido vulnerado el derecho a la identidad personal. Si se publica, con un criterio inadecuado, innecesario y desproporcionado, una fotografía de una persona, que tiene un papel protagonista en una noticia que no es públicamente relevante, no se vulnera el derecho a la *identidad* personal, pues esta sería verdadera, pero se estará afectando al derecho a la propia imagen del retratado. Otro supuesto más nítido es el de una modelo que permite la reproducción de su imagen por una empresa para determinada revista. Esta empresa publica la imagen de la modelo en otras revistas, de su propiedad o no, sin el necesario y previo consentimiento de la retratada. Hay, por supuesto, una vulneración al derecho a la propia imagen de la modelo, pero no una ofensa a su identidad.

⁸⁰⁶ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem... cit., p. 398.

⁸⁰⁷ AcTC *Português* N.º 6/84, Processo n.º 42/83, AcTC *Português* N.º130/88, Processo 110/86, AcTC *Português* N.º 128/92, Processo 260/90, 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 129/92, Processo 329/90; 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 319/95, Processo 200/94, 2ª Secção; AcTC 436/00, Processo AcTC *Português* N.º 628/2006, Processo n.º 502/2006, 2ª Secção.

2.9 Los límites del derecho a la propia imagen

Como ya afirmó ORTEGA Y GASSET, las cosas pueden definirse por su *dintorno* o perfil interno y por su *contorno*⁸⁰⁸. Hasta el momento, he intentado hallar el “dintorno” del derecho a la propia imagen, es decir, mi investigación se ha concentrado en delimitar, desde una perspectiva interna, qué significa la tutela jurídica de la imagen de la persona humana. A partir de ahora, intentaré depurar el concepto del derecho a la propia imagen desde su “contorno”, buscando definir sus límites.

Para empezar, y ya que el derecho a la propia imagen ha sido consagrado como un derecho fundamental en las tres constituciones que se estudiarán más adelante (Portugal, España y Brasil), es forzoso admitir que los límites que se imponen a tal derecho han de derivar de la Constitución. A partir de una primera aproximación a los tres mencionados textos constitucionales, hay que reconocer que el derecho a la propia imagen se conforma, expresamente, como un límite a la libertad de comunicación social. En la Constitución de Portugal, en los artículos 37.4 y 39.1 “d” disponen que “Artigo 37 ° (Liberdade de expressão e informação) (...) 4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos” y regula el “Artigo 39° (Regulação da comunicação social) 1. Cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social: (...) d) O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais” de los cuales el derecho a la propia imagen forma parte (art. 26.1)⁸⁰⁹. En la Constitución Española, el artículo 20, tras garantizar las libertades de expresión e información, establece que “art. 20 (...) 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título,

⁸⁰⁸ ORTEGA Y GASSET. “El Espectados – VI”, en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, vol. 2, 1983, p. 497 *apud* PÉREZ LUÑO, A-E. “El derecho a la intimidad” en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 639-668.

⁸⁰⁹Defienden GOMES CANOTILHO y MACHADO (CANOTILHO, J. J. Gomes.; MACHADO, Jónatas E. M. “Reality shows” e *Liberdade de Programação*. Coimbra Editora: Coimbra, 2003, p. 17, 47-48) que la prohibición de censura en la CRP señala cualquier tipo de censura: pública, privada, heterónoma, directa o colateral. El concepto debe ser el más amplio posible, siendo inconstitucional todas las formas de restricción a la libertad de expresión. Sin embargo, admiten que el valor de la dignidad de la persona humana funciona, a la vez, como límite y como fundamento de la libertad de expresión. El ejercicio de este derecho fundamental debe hacerse, en la medida de lo posible, con respeto a los derechos de la personalidad.

en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, *a la propia imagen* y a la protección de la juventud y de la infancia”. Por su parte, el texto constitucional brasileño de 1988, en el artículo 220, regula que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição: § 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Dos de estos *incisos* (como se verá oportunamente, el V y el X⁸¹⁰) citan expresamente la imagen humana. No se ha encontrado en las Constituciones analizadas un mandato explícito al legislador a fin de precisar⁸¹¹ los límites del derecho fundamental a la propia imagen⁸¹². Es claro, pues, que se está ante unos límites inmanentes⁸¹³ a ese bien de la personalidad, que permiten la

⁸¹⁰ Vid.: Capítulo V, epígrafe 5.2

⁸¹¹ Afirma MEDINA GUERRERO (M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 50) que “si el conjunto de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos se constituye en restricción inherente del contenido de todos los derechos fundamentales, alguna diferenciación ha de haber entre los derechos reconocidos sin reserva y aquellos otros a los que se habilitaba expresamente al legislador a intervenir. Y, en efecto, la diferencia estriba en que, en este último caso, el legislador opera con eficacia constitutiva. Con lo cual no se quiere sino indicar que, además de la general facultad de concretizar los límites inmanentes, en los derechos reconocidos bajo reserva, el legislador sí puede crear verdaderos límites, en la medida en que puede reducir el contenido de los derechos al objeto de salvaguardar, no otros derechos o valores constitucionalmente reconocidos, sino cualquier interés público”.

⁸¹² La justificación para esta circunstancia explica CRUZ VILLALÓN (Pedro. “Los derechos al honor y a la intimidad como límite a la libertad de expresión, en la doctrina del tribunal constitucional” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p.93-104) porque la pretensión contenida en los bienes constitucionales honor e intimidad se proyecta directa e inmediatamente en la libertad de expresar. Mientras que a la inversa no ocurre lo mismo: la pretensión de expresarse no se proyecta de forma necesaria en la pretensión de proteger la reputación y la intimidad. Este razonamiento, aún centrado en los otros dos bienes de la personalidad, los cuales dividen una raíz común con el derecho a la propia imagen, puede ser aplicado a éste derecho, dada su creciente y dinámica participación en la comunicación social.

⁸¹³ Resalta CANOTILHO (J.J. Gomes *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2004, p. 194-196) que una significativa parte de la doctrina adhiere a la llamada teoría interna o teoría de los límites inmanentes para justificar el problema de las restricciones de los derechos fundamentales. Uno de los autores más citados en este contexto es WOLFGANG SIEBERT, que escribió una obra que sirvió de parámetro para el estudio de los límites de los derechos privados, sobre el ejercicio abusivo de derechos y sobre la *exceptio doli*. Esta doctrina permite incluir la idea de deber y de comunidad y el sacrificio de la utilidad privada en el contenido del derecho. Las exigencias de la comunidad no son, pues, límites externos, pero límites naturalmente ínsitos al derecho. Por otra parte, la teoría externa o teoría de la intervención y de límites busca disociar derechos y restricciones. Cuenta como exponente CARL SCHMITT, y se razona que estos derechos de libertad son, a principio, ilimitados, esto es, su contenido y su extensión residen completamente en la voluntad del individuo. Cualquier norma legal, cualquier intervención de las autoridades, cualquier intervención estatal debe ser, por principio, limitada, mensurable, calculable, y cualquier control estatal debe ser, a su vez, susceptible de ser controlado. Concluye GOMES CANOTILHO (p. 205) que la teoría externa está fuera de la realidad, pues es impensable un derecho sin límites en el sistema jurídico. La teoría externa parte de la idea de “derechos

armonía constitucional de tal derecho con otros derechos y bienes constitucionalmente garantizados.

En general, se suele reconocer que las posibilidades de restricción del derecho a la propia imagen son de dos clases. En primer lugar, es cuando el propio titular, voluntariamente, consiente que terceros representen gráficamente su imagen, estableciendo un auto-límite a su derecho. Pero, no se puede negar que la autorización, en estos casos, comporta un ejercicio positivo del derecho⁸¹⁴. El consentimiento, además, suele tener un destinatario, circunstancia que lo convierte en, como mínimo, un acto bilateral. Consentir la representación gráfica de las evocaciones personales por parte del titular sólo revela la amplitud de las facultades que la protección jurídica del derecho a la propia imagen confiere a la persona. No veo, pues, como razón que justifique este límite las externas exigencias de armonización con otros bienes y derechos constitucionalmente garantizados. La autorización, en efecto, implica la disponibilidad individual del retratado sobre algunas de las facultades comprendidas en el derecho a la propia imagen. Por ello, prefiero clasificar el consentimiento como una *limitación voluntaria*, y no como un límite constitucional inmanente propiamente dicho.

ilimitados *prima facie*", pero no afirma que, en realidad, existan derechos ilimitados. La teoría externa, pues, es una teoría normativa de posiciones individualistas que desprecian las dimensiones comunitarias. De otro lado, comenta MARIANO BACIGALUPO ("La aplicación de la doctrina de los «Límites Inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, Núm. 38, Mayo-Agosto 1993, p. 297-315) que la jurisprudencia alemana admitió que la Ley Fundamental de Bonn reconoce determinados derechos fundamentales a los que no somete a reserva o habilitación de limitación legal. El Tribunal Constitucional Federal alemán se apresuró a afirmar que el hecho de que tales derechos no estén sometidos a reserva de limitación legal, no significa que no tengan límites. Entendió el Tribunal que tales límites derivan de la necesidad de articular las diversas normas constitucionales que impone el axioma, según el cual la Constitución conforma una unidad normativa (*Prinzip der Einheit der Verfassung*), que debe ser interpretada de forma *unitaria* o *armonizadora*. Más concretamente, viene sosteniendo dicho Tribunal, en jurisprudencia reiteradísima, que los derechos fundamentales no sometidos a reserva de limitación legal hallan sus límites en los derechos fundamentales de terceras personas, así como en otros bienes y valores de rango constitucional, cuando éstos entren en conflicto entre sí. El Tribunal califica a estos límites como *inmanentes*, puesto que no los determina el legislador, como ocurre respecto de los derechos sometidos a reserva de limitación legal, sino que son inmanentes a la propia Constitución. De cualquier manera, no existe unanimidad de criterio en cuanto a qué debe entenderse por *otros bienes o valores de rango constitucional*. Por supuesto, la teoría interna se sustentó como la más adecuada para explicar las hipótesis de "conflicto" entre los diversos bienes constitucionales positivados. Por ello, no sin razón HÄBERLE (Peter. *La libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p.59) defendió que existen bienes jurídicos que son considerados como presupuestos de la Constitución, inmanentes, aun cuando no sean escritos, y no es raro que la literatura reconozca justamente límites no escritos a los derechos fundamentales.

⁸¹⁴ MORAES, Walter. "Direito à própria imagem (II)"...cit., p. 11-28.

Por el contrario, la segunda clase de restricción al derecho a la propia imagen tiene que ver con los fines impuestos por la dimensión social-jurídica de todo derecho. Determinados fines sociales deben considerarse, en ciertos casos, de rango superior a algunos derechos individuales, pero han de ser fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y que la prioridad resulte de la propia Constitución⁸¹⁵. Se está, pues, en el ámbito de los límites inmanentes, que son preexistentes a la intervención del legislador. La lógica que explica estos límites es que para alcanzarse la *unidad* de la Constitución cada derecho ya incorpora restricciones con el fin de preservar los demás derechos constitucionalmente protegidos. La unidad resulta, pues, asegurada a partir de una interpretación sistemática de la Constitución⁸¹⁶. Los límites y el contenido de los derechos fundamentales deben ser, por tanto, determinados mediante una visión de conjunto, que tenga en cuenta el significado que poseen estos derechos como elementos constitutivos de un sistema unitario. Ninguna norma constitucional ha de ser interpretada aisladamente, pues los valores jurídicos de la Constitución están insertos en un conjunto⁸¹⁷. Por ello, como se indica a continuación, denomino de *límites inmanentes* a los reclamos de *interés público* (información, seguridad, historia, cultura, etc.) y *limitación voluntaria* cuando el titular del derecho a la propia imagen, más bien ejerciendo su autonomía privada, otorga *consentimiento* para que terceros la usen para determinados fines legítimos⁸¹⁸.

2.9.1 La limitación voluntaria: el consentimiento y su revocación

Cierto es que el titular no puede privarse de su propia imagen, dada la imposibilidad fáctica y jurídica de este supuesto⁸¹⁹. El permiso de uso de la imagen humana se otorga, pues, para que terceros puedan lícitamente valerse de ella. El

⁸¹⁵ STC Español 22/1984.

⁸¹⁶ MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid, 1996, p. 73

⁸¹⁷ HÄBERLE, Peter. *La libertad Fundamental...* cit., p. 56-58.

⁸¹⁸ ROYO JARA, *op. cit.*, p. 74: “el interés legítimo de la información, único criterio objetivo que, naturalmente junto con el consentimiento, puede inducirnos a marcar los límites de la licitud o no de la publicación de la imagen de las personas que bien sea por su notoriedad política o artística”.

⁸¹⁹ Cuando en el Capítulo I, epígrafe 1.6.1 se ha comentado sobre las características del derecho a la propia imagen: su indisponibilidad, irrenunciabilidad, intransmisibilidad, que es un derecho vitalicio y necesario.

consentimiento, desde este punto de vista, excluye la antijuridicidad de la intromisión⁸²⁰. Consentir que se use la imagen es la forma expresar una voluntaria autorización del retratado que, conscientemente, permite su representación gráfica (obtención, captación, reproducción o publicación). Se puede, por ejemplo, consentir el uso de la imagen para un fin concreto, perfectamente delimitado en el tiempo, para que sea publicada en uno o varios vehículos de comunicación, en uno o varios países, dependiendo de lo que establezca el pacto entre el que concede y el que recibe la autorización⁸²¹. Con el permiso de uso de la imagen, la persona podrá definir y delimitar qué forma, cuándo, por quién, en qué condiciones, por cuánto tiempo su imagen puede ser usada, absteniéndose de utilizar su facultad jurídica de oponerse a dicho uso.

Sin embargo, a raíz de lo explicado en el apartado dedicado a los derechos de la personalidad⁸²², no se ha de entender que, al otorgar su consentimiento, el titular del derecho a la propia imagen renuncie o pierda la protección civil o constitucional o que desaparezca la ilicitud de toda y cualquier intromisión⁸²³. Como explica O'CALLAGHAN, el consentimiento del titular delimita el ejercicio del derecho a la propia imagen. No es que con el permiso del uso de la imagen, su titular renuncie o pierda la protección civil o desaparezca la ilegitimidad de la intromisión, sino que el titular del mismo lo ejerce en su aspecto positivo y consiente en que se reproduzca o publique su imagen, absteniéndose de ejercer la facultad de exclusión⁸²⁴. Por ello, ROYO JARA afirma que sería nulo el consentimiento contractual que faculte al contratante para usar la imagen de forma incondicional, renunciando a toda acción civil o penal⁸²⁵. El consentimiento no supone renunciar al derecho a la propia imagen, pues se trata, más bien de que el titular del derecho renuncia a considerar como ilegal una intromisión en el contenido de su derecho por parte de una persona ajena, es decir, el consentimiento del titular del derecho dado a un tercero sólo tiene el efecto de suprimir la ilicitud que pudiera ser invocada⁸²⁶. El tercero utiliza la imagen porque el titular se lo

⁸²⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção constitucional da própria imagem pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 89

⁸²¹ TRABUCO, Cláudia. "Dos contratos relativos ao direito à imagem"...cit, p. 431.

⁸²² *Vid.*: Capítulo I, epígrafe 1.6.1

⁸²³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Libertad de expresión y sus límites* ... cit., p. 136-137.

⁸²⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen..."cit., p. 611.

⁸²⁵ ROYO JARA, *op. cit.*, p. 88.

⁸²⁶ CREVILLÉN SANCHEZ, C. *Derechos de la personalidad* ... cit., p. 100.

permite, en uso de su *ius fruendi*⁸²⁷. Aquí se aprecia la idea de que el propio concepto de este derecho, como se ha examinado⁸²⁸, supone que el titular puede ejercerlo en su aspecto positivo, de fruición de una imagen personal concreta⁸²⁹. La expresión “renunciar al derecho a la propia imagen” significa renunciar al poder *in totum* de decisión sobre la propia imagen. Sin embargo, se ha de entender que con el consentimiento, el titular del derecho voluntariamente se auto-limita a no ejercer una facultad que le otorga la protección jurídica, pues permite que otra persona utilice su imagen⁸³⁰. En definitiva, el consentimiento funciona, pues, como una manifestación de la autonomía privada, en virtud de la cual, se admite que un sujeto se entrometa en el ámbito de un derecho, convirtiendo en lícita una intromisión⁸³¹.

En este sentido, a través del consentimiento del retratado se faculta a una persona que se use la imagen (quien retrata, reproduce, capta, publica, etc...). Tal autorización procede del principio de la autonomía privada del titular, y debe ser respetada como tal. Normalmente, las autorizaciones suelen tener una lógica propia, que se extrae en el momento en que se da, delimitando, de este modo, el *alcance* del permiso concedido. Si se representa la imagen en un contexto diverso al del consentimiento dado por el retratado, este hecho genera, por supuesto, una ofensa y, por consiguiente, un supuesto de ilicitud⁸³². Surge así la posibilidad de que el titular de la imagen promueva la acción estatal y solicite la reparación de la intromisión ilícita. La persona, por ejemplo, puede dejarse representar por otra con una finalidad *exclusivamente* privada, excluyendo, pues, una hipótesis de que se publique o se divulgue su imagen⁸³³. Es necesario, por ello, distinguir si existe una autorización implícita para el uso de la imagen, lo que no implica que tal consentimiento permita un uso ilimitado de la imagen. Pueden otorgarse poderes para sólo captar la imagen y no reproducirla, o para sólo reproducirla en una copia, sin darle publicidad. No existe una regla o principio jurídico-constitucional que impida que el consentimiento se preste sólo

⁸²⁷ CARRILLO, Marc. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental” en *Revista Jurídica de Asturias*, n.18, 1994, p. 07-30.

⁸²⁸ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.2

⁸²⁹ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. *El derecho a la propia imagen...* cit., p. 114.

⁸³⁰ PASCUAL MEDRANO. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 89-101.

⁸³¹ ROVIRA SUERIO Ma. E. *La responsabilidad civil derivada de los daños ...* cit., p. 152.

⁸³² HERCE DE LA PRADA, V. *El derecho a la propia imagen ...* cit., p. 145.

⁸³³ *Vid.*: Capítulo IV, epígrafe 4.5.3

para algunos de estos extremos. Estas posibilidades del uso de la imagen, pues, dependerán de la interpretación de la intención a la hora de consentirse. En otras palabras, la *finalidad* del uso de la imagen vincula el alcance del consentimiento, que deberá ser interpretado, siempre, en sentido estricto. Es prudente, pues, que el titular especifique, cuando sea posible, cuál es la parte del derecho susceptible de ser ejercida⁸³⁴. Habrá vulneración cuando se consienta la captación, reproducción o divulgación de la imagen para un determinado fin concreto, específico, delimitado y el captador, reproductor o divulgador no respeta el alcance del consentimiento y utiliza la imagen para un destino distinto, infringiendo, de este modo, el principio de la autonomía privada. Se estaría ante una ofensa al no respetarse la justificación voluntariamente dada por el titular.

Por otra parte, el consentimiento, en cuanto acto voluntario jurídicamente relevante, no exige forma determinada⁸³⁵. Nada impide que el consentimiento se preste con posterioridad a la intromisión, que sea verbal, escrito, tácito o expreso, pero ha de ser inequívoco, dada la característica personalísima de bien de la personalidad de la imagen⁸³⁶. CHAVES ha mencionado algunas manifestaciones distintas del consentimiento: 1) el uso gratuito mediante consentimiento tácito 2) el uso gratuito mediante consentimiento expreso, 3) el uso mediante pago (oneroso), 4) el uso contra la voluntad del interesado y 5) el uso ofensivo o torpe⁸³⁷. No obstante la importancia de los ejemplos ofrecidos por este autor, prefiero adoptar la postura de CAPELO DE SOUZA que habla de consentimiento *autorizante* y de consentimiento *tolerante*⁸³⁸. El primero es válido, si está de acuerdo con los principios del orden público, se produce normalmente en un negocio o acto jurídico sinalagmático y posee un carácter constitutivo, pues envuelve una celebración de un compromiso jurídico *sui generis*. Por tal pacto, el titular del derecho a la propia imagen limita voluntariamente el ejercicio de dicho derecho, pero aun dispone del instituto de la revocación, aunque exista la obligación de resarcir los perjuicios causados a las legítimas expectativas de la

⁸³⁴ CARRILLO, Marc. “El derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la CE”... cit., p. 82.

⁸³⁵ COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica...* cit., p. 121.

⁸³⁶ PASCUAL MEDRANO. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 89-101.

⁸³⁷ CHAVES, Antônio. “Direito a própria imagem” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.67, 1972, p.45-75.

⁸³⁸ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral ...*cit., p. 441-442.

otra parte. Con contornos diferentes, el consentimiento *tolerante* no crea o tampoco constituye cualquier derecho para el agente, pues el titular se obliga a un mero *pacti* no jurídicamente exigible y sin más trascendencias⁸³⁹. Es una autorización unilateral, anterior a la vulneración, y convierte, en principio, en lícito el acto ofensivo al derecho a la propia imagen del titular. No obstante, si el acto lesivo es contrario a una prohibición legal o al orden público, sería una hipótesis en la que seguiría siendo lógicamente ilícito.

En este contexto, el consentimiento puede ser tácito (tolerante) o expreso (autorizante), anterior o posterior del uso de la imagen. Tanto el objeto como los objetivos de esta tesis no me permiten examinar todos los pormenores del consentimiento para la utilización de la imagen, pues se entraría en un ámbito predominantemente civil del derecho en estudio. Sin embargo, habría de matizarse que el permiso autorizante, a título oneroso (contrato) o gratuito, ha de estar sometido, como advierte CAPELO DE SOUZA, a los límites de toda declaración de voluntad, con sujeción a las leyes, el orden público y la moral⁸⁴⁰. Además, este tipo de consentimiento ha de ser siempre interpretado de forma estricta, dado el carácter de derecho personalísimo del derecho a la propia imagen, y habrá de ser también limitado en el tiempo, con un destinatario determinado y un objeto perfectamente definido⁸⁴¹. Por

⁸³⁹ GITRAMA GONZÁLEZ, M. "El derecho a la propia imagen, Hoy" ... cit., p. 220.

⁸⁴⁰ CAPELO DE SOUZA, R. V. A. *O direito geral* ...cit., p. 441 y ss. En el mismo sentido: COUTO GÁLVEZ; MARTÍN MUÑOZ; CORRIPIO GIL-DELGADO; GÓMEZ LANZ. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica...* cit., p. 121 y ROVIRA SUERIO, M^a. E. *La responsabilidad...* cit., p. 152 y ss. Esta última autora resume que la moral, que impone el respeto a las buenas costumbres y, en sí mismo considerado, compendia un conjunto de convicciones de orden ético y de valor del mismo tipo. Se trata de un conjunto de reglas de comportamiento que una sociedad reconoce y admite comúnmente como justas y obligatorias y que son independientes del reconocimiento del individuo concreto. Son el *mínimum* ético que todo sistema jurídico debe realizar. El pacto que sería contrario a la ética social imperante, a la moral social, por ser lesivo a la dignidad humana (p.154). No puede ser contrario al orden público, entendido éste en cualquiera de sus acepciones. La clásica acepción dice que el orden público abarcaría todo lo que se contrapone al orden privado – comenzando, pues, en el mismo punto donde éste termina y, estaría integrado por todo lo que puede constituir un límite para la autonomía privada. Un pacto de tal naturaleza vulneraría este principio, pues los bienes que están fuera del comercio son excluidos del ámbito de la autonomía privada. La concepción moderna de orden público – que considera que están integradas las normas imperativas fundamentales – como expresión de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, o conjunto de principios de estructura política y económica de la sociedad, o como conjunto de reglas fundamentales del Derecho que deben observarse, las cuales se desprenden no sólo de la Constitución, sino también del Código Civil, o como exigencias del bien común. El nacimiento de la mencionada obligación también vulneraría el límite del orden público, por contrariar la posición institucional de la persona como centro del ordenamiento jurídico (p.154-5).

⁸⁴¹ HERCE DE LA PRADA, V. *El derecho a la propia imagen* ... cit., p. 146.

supuesto, se asegura mucho más el respeto a la autonomía privada del titular a través del permiso autorizante y, por otra, también es indudable que el otorgado de tal consentimiento obtiene mayor grado de seguridad⁸⁴². El otro tipo de permiso, el tolerante, se deduce de la evidencia de los actos y/o de la conducta de la persona, que revelan su voluntad. Se ha suscitado dudas con relación a la posibilidad de este tipo de consentimiento en el orden jurídico español, pues la ley que rige la materia habla, textualmente, de consentimiento *expreso*. Sin embargo, la mayoría de la doctrina española ha estimado que es más razonable entender que el texto de la ley significa, más bien, *inequívoco*⁸⁴³. El silencio⁸⁴⁴, en alguna hipótesis, por ejemplo, puede ser interpretado como una tolerancia del titular de la imagen, configurándose una causa de justificación⁸⁴⁵. No obstante, de este silencio, necesariamente, se ha de extraer que existe una inequívoca presunción de que el retratado sabe que su imagen fue representada gráficamente⁸⁴⁶. La existencia de este tipo de consentimiento debe ser analizada con el rigor propio de cada una de las distintas circunstancias: la persona, el modo, el lugar, el destino, todos han de ser coherentes con una previa-finalidad de la voluntad inicial del sujeto cuya imagen va a ser utilizada⁸⁴⁷. Es necesario, pues, que exista una conexión lógico-objetiva entre el consentimiento del titular, la imagen publicada y el medio por el cual se la utilizó⁸⁴⁸. En este sentido, el consentimiento

⁸⁴² DIAS, Jacqueline Sarmiento. *O Direito à imagem...* cit., p. 125.

⁸⁴³ Pues por la redacción de la ley también habla que tal derecho será delimitado por los propios actos, lo que abrió la posibilidad de un consentimiento tolerante. *Vid.*: CASAS VALLÉS. “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación” en *Poder Judicial*, n. 14, junio, 1989, Madrid, p. 131-144 (134); COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica...* cit., p. 122; HERCE DE LA PRADA, V. *El derecho a la propia imagen ...* cit., p. 146; PASCUAL MEDRANO. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 89-101; CREVILLÉN SANCHEZ, C. *Derechos de la personalidad ...* cit., p. 101.

⁸⁴⁴ Gran importancia tuvo el silencio en la época de la Guerra Civil Española. En 1936, cuando se abrió la oportunidad de que quien debía algo, cumpliera su débito directamente en las cuentas bancarias de su acreedor. El Tribunal Supremo de España consideró que el silencio del acreedor pudiera significar la tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago, liberando al deudor de la llamada zona roja o marxista. (*vid.* Carmelo Diego de Lora, *La consignación judicial*. Barcelona, Bosch, 1952, p. 19, *apud* DUVAL, H. *Direito à imagem...* cit., p. 110 y ss.).

⁸⁴⁵ Sobre el consentimiento tácito afirma DUVAL (H. *Direito à imagem...* cit., p. 110) que: “Desde a célebre regra do Direito Canônico – *qui tacet consentire videtur* – diversos dispositivos legais prevêem o silêncio como manifestação válida de vontade”.

⁸⁴⁶ Cita ROYO JARA (“La protección del derecho a la propia imagen”... cit., p. 98) a RAVANAS que confirma esta postura aduciendo que “el silencio puro y simple no implica consentimiento implícito, solamente un silencio matizado por las circunstancias equivale a la autorización tácita, tal es el caso de ciertas tolerancias”.

⁸⁴⁷ FACHIN, Zulmar Antonio. *A Proteção Jurídica da Imagem...*cit., p. 92.

⁸⁴⁸ BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 103

puede ser dado de forma implícita, presunta, no necesariamente de modo formal y expreso, y aunque sea tácito el permiso para el uso de la imagen, es pertinente plantear que ha prevalecer, necesariamente, la regla de la *interpretación restrictiva*, esto es, que el permiso se concede de acuerdo con un contexto *circunstancial*, para el cual se permitió la utilización de la imagen. No obstante, coincido con la opinión de PASCUAL MEDRANO, para quien el consentimiento por actos concluyentes sólo puede aceptarse, salvo casos excepcionalísimos, para publicaciones en medios de comunicación, nunca para la utilización de una imagen en publicidad⁸⁴⁹. En estos casos de “mercantilización” de la imagen se ha de obtener el consentimiento autorizante, expreso o explícito.

Ahora bien, en mi opinión, la principal conclusión que se ha de extraer de la posibilidad de consentir la representación gráfica de la imagen humana es que la característica de derecho de la personalidad, proveniente de la dignidad de la persona humana, es la que autoriza a defender que el consentimiento determina el radio de acción del uso de la imagen y debe ser *siempre* interpretado *restrictivamente*⁸⁵⁰. Puede revestirse el permiso para la representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales que singularizan una persona de varias y distintas formas, y de ser aplicado para diversas finalidades, sin embargo, por estar relacionado con la *individualidad*, con la *dignidad* de la persona humana, todas las autorizaciones que se refieran a este bien *personalísimo*, han de subordinarse a esta idea de restricción de efectos y de interpretación. La existencia o no de consentimiento en una situación dudosa debe ser objeto de interpretación restrictiva y cautelosa, aplicada a toda vulneración de los derechos de la personalidad que son inherentes a la persona humana⁸⁵¹.

Es oportuno, igualmente, mencionar que del carácter esencial y personalísimo del derecho a la propia imagen se desprende la posibilidad de la revocación. Aunque

⁸⁴⁹ PASCUAL MEDRANO. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 89-101.

⁸⁵⁰ CASAS VALLÉS. “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación”... cit., p. 131 y ss., GITRAMA GONZÁLEZ, M. “Imagen (el derecho a la propia)”... cit., p. 304; SANTDIUMENGE I FARRE, *El mercado de las ideas*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1990, p. 380-381; IGARTUA ARREGUI, *El mercado de las ideas...* cit., p. 324 y *La apropiación comercial de la imagen...* cit., p. 104; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al Honor, la Intimidad e la propia Imagen” en *Cuadernos de Derecho Judicial – Honor, Intimidad e Propia Imagen*, Madrid, 1993, p. 367; BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1989; p. 64.

⁸⁵¹ GITRAMA GONZÁLEZ, M. “El derecho a la propia imagen, Hoy” ... cit., p.219.

declarado el consentimiento para el uso de la imagen, no se debe olvidar que en cualquier momento, habrá la facultad para el titular revocar dicha autorización. Deberá ser la revocación, también, como el permiso dado, inequívoca⁸⁵². Aun cuando el consentimiento se preste con carácter general, sin ninguna limitación expresa, podrá producirse la revocación del permiso, incluso cuando el uso de la imagen haya sido oneroso, pues, sin duda, lo que autoriza el consentimiento es la posibilidad de la fruición del titular respecto a una imagen concreta, y no una renuncia general a su derecho a la propia imagen⁸⁵³. Empero, hay que resaltar que esta “retractación” puede venir unida a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados (*damnum emergens* y *lucrum cessans*) de sus legítimas expectativas⁸⁵⁴. Varias críticas se han emergido en contra de esta posibilidad de revocación⁸⁵⁵ (partidarios del sistema *dualista* de protección)⁸⁵⁶ pues se suele apuntar que, al autorizar la revocación del consentimiento se desconocen los legítimos intereses de quienes pretenden trabajar con esta clase de derechos para el uso o explotación; igualmente, se afirma que la libre revocabilidad genera una gran inseguridad jurídica y económica, que no se resuelve acudiendo al citado mecanismo compensatorio; se advierte que la posibilidad de revocación desincentiva a los potenciales adquirientes, quienes no utilizarán con el mismo entusiasmo estos derechos si el titular de la imagen puede resolver la relación en cualquier momento; hay quien entienda, también, que pueden vulnerarse los intereses de los consumidores⁸⁵⁷.

Aunque se opte un concepto personalista del derecho a propia imagen (sistema *monista*) que no afecte a su irrenunciabilidad abstracta ni modifique su condición de derecho fundamental, pero adaptado a las exigencias sociales, es indudable que estos mencionados argumentos se vinculan intrínsecamente con el valor publicitario del derecho a la propia imagen. Cuando se permite la representación gráfica de las

⁸⁵² HERCE DE LA PRADA, V. *El derecho a la propia imagen ... cit.*, p. 146.

⁸⁵³ CREVILLÉN SANCHEZ, C. *Derechos de la personalidad ... cit.*, p.103.

⁸⁵⁴ BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem:...*cit., p. 72.

⁸⁵⁵ Alega CLAVERÍA GOSÁLBEZ (L. H. “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de mayo” en Anuario de Derecho civil, Vol. 36, Nº 4, 1983, pags. 1243-1262) que tal revocabilidad protege al mismo tiempo demasiado y demasiado poco. Demasiado porque permite una revocación incondicionada sacrificando los posibles intereses de los contratantes, y demasiado poco, porque no se impide disponer de ciertos aspectos, caso claro del honor, de los que no debería poder disponerse.

⁸⁵⁶ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.2

⁸⁵⁷ COUTO GÁLVEZ, Rosa de. *et all., op. cit.*, p. 126.

evocaciones o expresiones personales del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana, el consentimiento no ofrece al beneficiario un poder de disposición como en los contratos cuyo objeto es un derecho real, por ejemplo. Se trata más bien, como reiteradamente se ha dicho, de una renuncia a perseguir lo que constituiría una intromisión ilegítima. El objeto negociado es una *manifestación concreta* de un bien de la personalidad, sobre el que no cabe abdicar. Por eso entiendo congruente la previsión de la revocabilidad y que, igualmente, dado este carácter, una supuesta previsión de renuncia a esa facultad de revocación sería ineludiblemente nula. En todo caso, CLÁUDIA TRABUCO matiza que “no fundo, trata-se de proteger o indivíduo de si próprio e, a cada momento, assegurar que a sua vontade actual, num campo tão pessoal como os direitos referentes à personalidade humana, seja assegurada, mesmo tendo já deixado de ter qualquer correspondência com a vontade passada⁸⁵⁸”.

La revocabilidad en los casos del consentimiento tolerante, en los que generalmente media gratuidad, resulta evidente, pues una persona puede en un momento determinado cambiar de opinión y oponerse a que su fotografía siga siendo utilizada. La revocación en estos supuestos parece irrumpir con naturalidad y no representa, *ab initio*, problemas la cuestión de la indemnización⁸⁵⁹. De otro lado, lo que se puede hacer, para dar más seguridad a una relación contractual que envuelva el derecho a la propia imagen, es establecer una cláusula penal compensatoria, además de la previsión de resarcimiento de los daños que el contratante pueda sufrir con la controvertida revocación. Es importante también resaltar que, teniendo en cuenta las implicaciones económicas generadas con la autorización del uso de la imagen del titular, la revocación no puede ser usada de modo arbitrario, es decir, de forma irrazonable, resultando una desvinculación ajena a los intereses subyacentes a esa facultad. Este parece ser el entendimiento del Tribunal Constitucional Español en la sentencia STC 117/1994 de 25 de abril, cuando afirma que, en los supuestos de cesión voluntaria del uso de la imagen,

⁸⁵⁸ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 445. La autora también opina que el ordenamiento jurídico garantiza la posición del titular de la imagen contra eventuales precipitaciones anteriores o de un arrepentimiento, en un acto de “paternalismo” que conserva a esta especie de bienes un margen de autodeterminación, la cual no existe en los demás casos.

⁸⁵⁹ ROYO JARA. *La protección del derecho a la propia imagen...* cit., p. 103- 104.

“el régimen de los efectos de la revocación⁸⁶⁰ deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio”. El TC afirma que la expresión “en cualquier momento” se refiere al momento de ejercicio del derecho, pero no siempre al tiempo de sus efectos, ni, por tanto, autoriza que éstos se apliquen a situaciones pretéritas, trocando retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes consentidas. Por ello, fueron declarados, en este contexto, como *ex nunc* los efectos de la revocación y no *ex tunc*⁸⁶¹. El derecho de la personalidad prevalece sobre los derechos patrimoniales creados y la revocación del consentimiento prestado para el uso de la imagen es parte integrante del derecho fundamental a la propia imagen. No obstante, como ningún derecho es absoluto, no ha de desplegar sus efectos sino a partir de la emisión de la revocación. En consecuencia, cuando ésta se produce en el seno de unas relaciones contractuales, limitan la inmediatez de sus efectos, en el caso de que haya dado ya comienzo un proceso de divulgación⁸⁶². En esta decisión el Alto Tribunal Español establece algunas directrices informadoras de la revocación por parte del titular del derecho a la propia imagen, indicando que deberá expresarse la voluntad de revocar de modo concreto e inequívoco, que habrá de acreditar un indubitado e íntegro conocimiento por la persona o personas a quienes se dirige (incluso publicación en caso necesario), además de tener lugar en momento en el que todavía el derecho cedido pueda ejercerse, no pudiendo ser con carácter retroactivo (o sea que invalide los efectos ya producidos) y, por último, ha de considerar la indemnización de los daños y perjuicios. En esta sentencia se viene a entender que cuando fuere deducible de las circunstancias casuísticas que la revocación se traduce en un abuso del derecho, que impone sacrificios inútiles a la otra parte, podría ser considerada ilegítima, aunque dentro de esa lógica jurídica protectora de los derechos de la personalidad. A este aspecto y aunque sea acertada y necesaria la previsión de la revocación del consentimiento, creo que no es coherente conferir la calidad de absoluto a tal instituto, pues será ella sólo jurídicamente lógica, cuando su objeto se identifique con la

⁸⁶⁰ Prevista como absoluta en el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 05 de mayo.

⁸⁶¹ Defiende SILVA JUNIOR (Alcides Leopoldo e. A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores, socialites. São Paulo: J. de Oliveira, 2002, p. 40) que “evidentemente que a revogação somente é possível para o futuro, não retroagindo”.

⁸⁶² GORROTXATEGI AZURMENDI, Miren. “El derecho a la imagen, objeto de la jurisprudencia constitucional”... cit., p. 349-374.

recuperación del ámbito de personalidad de la que el titular se había desprendido a través del permiso⁸⁶³. No se trata, pues, de restringir la revocabilidad del consentimiento, pues no sería lícito rechazar un posible arrepentimiento, sino de condicionar su admisibilidad a la existencia de razones atendibles, susceptibles de valoración judicial⁸⁶⁴. Dada la naturaleza de los otros derechos afectados, al ejercicio de la facultad revocatoria le son aplicables, igualmente, los límites impuestos al ejercicio de cualquier derecho, la interdicción del abuso de derecho, la buena fe, la moral y el orden público⁸⁶⁵. A modo de conclusión, puede afirmarse que, a pesar de justificada directamente por la dignidad de la persona humana, las relaciones sociales modulan e imponen ciertos requisitos para que tal revocación del consentimiento pueda considerarse legítima.

2.9.2 *El interés público y el derecho a la propia imagen*

Ahora bien, aparte de estas posibilidades de voluntaria limitación del derecho a la propia imagen, es conveniente recordar que hay situaciones en las cuales se puede utilizar la imagen concreta de una persona, sin que ella haya dado su permiso. Eso suele ocurrir, como razona KOHLER, porque los derechos de la personalidad, en general, dependen de muchos factores, pues en las relaciones jurídicas se dan enfrentamientos y colisiones. Las relaciones humanas, pues, deben ordenarse a partir del conflicto, no del aislamiento. Por ello, toda construcción jurídica que sustrae el derecho al flujo de la realidad social es contradictoria y antijurídica⁸⁶⁶. Las restricciones de derechos – resultantes de los derechos de los otros y de las restricciones impuestas por las leyes – tienen solidas raíces filosóficas en las teorías kantiana y lockeana. La construcción kantiana defendía que la limitación de derechos se basaba en la idea de que la *libertad interna* transportaba límites que resultaban del imperativo categórico, y, en último caso, de la ley fundamental de la razón práctica. Desde una perspectiva contractualista, la visión lockeana justificaba la limitación de la libertad natural por la necesidad de la paz

⁸⁶³ PASCUAL MEDRANO. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 101.

⁸⁶⁴ CASAS VALLÉS. “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación”... cit., p. 137.

⁸⁶⁵ ROVIRA SUERIO, Ma. E. *La responsabilidad civil derivada...* cit., p.168.

⁸⁶⁶ KOHLER, J. “A própria imagem no direito”...cit., p. 51.

comunitaria⁸⁶⁷. En este sentido, dada la inserción de la persona humana en la sociedad, los recortes en sus derechos son inevitables, necesarios para la armonización social. Es, pues, posible que el derecho fundamental a la propia imagen haya de adecuarse a las reivindicaciones del interés público, lo que suele denominarse limitación vertical clásica. Por otro lado, tal derecho puede verse limitado a partir del conflicto horizontal con otro derecho fundamental, como consecuencia de la necesaria articulación social de ambos. Los límites inmanentes del derecho a la propia imagen, provenientes de esa exigencia de interrelación, pueden ser establecidos por las normas constitucionales o, a la falta de éstas, por la apreciación jurídico-constitucional de las situaciones de conflicto. La identificación de los límites inmanentes suele tener un mismo hilo conductor. En las restricciones verticales, o sea, en la relación entre derechos fundamentales y el orden público, el legislador instrumentaliza este tipo de límites, habiendo, si necesario, una ponderación administrativa y una posterior re-ponderación judicial. Sin embargo, tal labor ha de seguir algunos criterios fundamentales, como la idoneidad, el control de la necesidad, y la adecuación material. En los conflictos horizontales de derechos fundamentales, y en caso de que la ley no pueda prever todas las circunstancias y situaciones de derechos fundamentales en conflicto, la intervención estatal sólo opera eventualmente, debiéndose, *in casu*, establecer una efectiva armonización judicial. El juez ha de centrarse en el criterio de la ponderación y decidir cuál es el derecho que se sacrifica, valorando la magnitud del padecimiento de cada parte, dadas las circunstancias fácticas del caso.

Con relación a las leyes, conviene informar que dedicaré, posteriormente, algunos apartados especiales a analizar casuísticamente, las normas de Portugal, de España y de Brasil, que imponen límites al derecho fundamental a la propia imagen. Lo que haré a partir de ahora es establecer un canon hermenéutico que guiará la evaluación de la procedencia de la producción legislativa al respecto, como también para examinar las demás situaciones por la ley no reguladas. En este sentido, estableceré el cauce para dirimir la tensión que existe entre el derecho a la propia imagen y su contorno, a partir del principal límite inmanente encontrado en los tres aludidos textos constitucionales: la libertad de expresión.

⁸⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais...* cit., p. 197.

2.9.2.1 La libertad de expresión y la libertad de información

Es cierto que la imagen humana actualmente posee una esencial relación con la *libertad de expresión*, en la medida que la representación gráfica de las evocaciones personales visibles del aspecto físico externo de la figura humana también puede constituir un medio de expresión⁸⁶⁸. La libertad de expresión presenta, hoy día, una dimensión institucional, pues, además de proteger un interés individual, garantiza un legítimo interés constitucional, que es la formación y la existencia de una opinión pública libre⁸⁶⁹. Dicha garantía se reviste de una especial trascendencia, pues es condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del sistema democrático, convirtiéndose en uno de los pilares de una sociedad libre y desarrollada. Actualmente, se habla de la libertad de expresión con un marcado sentido ético, respondiendo a un concepto amplio del término. Se usa como parámetro para medir el grado de democracia de un sistema político, estableciéndose una relación directamente proporcional: cuanto más se respecta este sentido difuso/ético, más libertad habrá en la sociedad. En efecto, la libertad de expresión, desde su originaria consideración liberal, es una libertad frente al Estado, nace antes que la expresión misma, pues para exteriorizar algo, hay que gestar antes ese algo. Por ello, es imprescindible esta libertad para la elaboración, formación y posterior manifestación del pensamiento. La libertad de expresión asume, pues, un lugar central en el proceso de

⁸⁶⁸ El art. 37º.1 de la Constitución Portuguesa plantea, expresamente que “Artigo 37.º (Liberdade de expressão e informação) 1. Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela *imagem* ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”. El texto constitucional también permite incluir en este supuesto la imagen humana.

⁸⁶⁹ Usaré el término *libertad de expresión* y no libertad de comunicación social porque en España se suele usar el esta terminología (*vid*: Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/82 de 05 de Mayo). En inglés el derecho a comunicación sería correspondiente al *communication rights* y en portugués (tanto en Brasil como en Portugal) está en vigor el *direito da comunicação social*. Enseñan GOMES CANOTILHO y MACHADO (CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “*Reality shows*” e *Liberdade de Programação*. Coimbra Editora: Coimbra, 2003, p. 08) que las libertades de comunicación social o libertades publicísticas se manifiestan a través del derecho a la libertad de expresión en sentido amplio, el cual se constituye por la libertad de expresión en sentido estricto, la libertad de información (derecho de informar, de informarse y de ser informado), la libertad de prensa, los derechos de los periodistas y de la libertad de radiodifusión en sentido amplio (radiodifusión sonora, televisión, etc). Tendría, de este modo, tal derecho como atributos la libertad de expresión; la libertad de prensa y *mídia*; el acceso y disponibilidad de informaciones públicas y empresariales; la diversidad, la pluralidad y el acceso de contenidos, la participación efectiva por parte de todos los elementos de la sociedad; igualdad de la disposición de la información; las medidas prácticas para tal fin; entre otros. Lo que actualmente viene a concebir el derecho a la comunicación social sería la integración del ciudadano tanto en el proceso de adquisición de conocimientos, como en la parte que estructura la proyección de la información.

constitucionalización de los derechos fundamentales, dada su función instrumental de afirmación de la libertad individual de pensamiento y de opinión, desembocándose así en la garantía de la autodeterminación democrática de la sociedad política⁸⁷⁰. En esta línea, REBELO sostiene que están comprendidos tres elementos en la libertad de expresión *latu sensu*: a) libertad de expresar opinión, difusión de ideas o pensamientos, producto de una combinación del substrato ideológico y de la interpretación de la realidad, que se conforma en el derecho a no ser impedido de expresarse; b) libertad de expresión y el derecho al acceso a los medios de expresión/información, que sería el derecho de obtención de información y de apreciación de lo que usualmente se entiende por opinión pública sobre una cuestión concreta; c) libertad ideológica o de pensamiento, que es previa a las otras libertades y constituye el núcleo substancial del cual deriva la posibilidad de formación de ideas y pensamientos propios del individuo o de grupos sociales⁸⁷¹. En este sentido, la libertad de expresión se muestra como el cauce para la exteriorización del pensamiento, posibilitando tanto la crítica política y social, como el libre desarrollo de la personalidad. Este vínculo entre la libertad de expresión y la crítica política se hizo más latente en los primeros textos revolucionarios burgueses, que adjetivaron esta libertad de irrenunciable frente a la situación inquisitorial y opresora del *Ancien Régime*⁸⁷².

Actualmente, la libertad de expresión, junto a este primer aspecto individualista, ha visto su contenido material, convirtiéndose en una *conditio sine qua non* de la

⁸⁷⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*cit., p. 61.

⁸⁷¹ REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil ...*cit, p. 33-34.

⁸⁷² Relata MACHADO (Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais...* cit., p. 48-50) que en un contexto dominado por la omnipresencia del discurso teológico era imposible distinguir entre la lucha por la libertad religiosa y la lucha por la libertad de expresión. No obstante las primeras formas de prensa hayan surgido en China, muchos siglos antes, se desarrolló más rápidamente en suelo europeo, en un contexto de lucha por la liberación espiritual e intelectual. Las libertades de comunicación nacen en un contexto de concurrencia publicista, tecnológica y económica. Tales desarrollos están en el origen de la *opinión pública*, concepto que tiene como antecedente remoto el *vox populi* dos romanos, acabará por surgir algunas décadas antes de la revolución francesa. Los planteamientos aducidos por el autor partieron del reconocimiento de la libertad de expresión como derecho fundamental clásico frente al Estado que aparece por primera vez en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual dicta que “la libre comunicación de opiniones es uno de los derechos más preciosos en el hombre (...) todo ciudadano podrá hablar e imprimir libremente, salvo su responsabilidad por el abuso de esta libertad en el caso determinado por la ley”. En este sentido, pero analizando la experiencia inglesa: SALDAÑA DÍAZ, María Nieves. “«A legacy of suppression»: del control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII” en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, N°. 2, 2002, p. 175-211.

democracia de un Estado⁸⁷³. En este sentido, la libertad de expresión no se sintetiza en la visión de exigencia/condición individualista del ciudadano, sino que comprende una dimensión de raíz orgánica de la que emanan las aspiraciones de la sociedad política de un Estado democrático. Por ello plantean CARVALHO, CARDOSO y FIGUEIREDO que la libertad de expresión está sometida a algunos principios constitucionales fundamentales que han de valorarse para determinar su contenido. El primero de ellos es el principio de Estado de Derecho que comprende la idea de primacía y garantía del Derecho con relación a cualquier tipo de poder (comenzando por el político) y que tiene su base en el sistema de derechos fundamentales radicado en la dignidad de la persona humana. El segundo sería el principio democrático, que sublima la importancia de la legitimación formal del poder político, considerando la soberanía popular como uno de los pilares del Estado. El tercero sería una conjunción de los dos primeros, el principio del Estado Democrático de Derecho, pues concretaría la realización del Estado social. Indican los autores citados que, a pesar de las características específicas, tales principios actúan de modo convergente, condicionándose y modificándose recíprocamente. Tienen su fundamento en una base antropológica común, la dignidad de la persona humana y la autonomía individual ante el Estado, incluyendo el individuo libre en un proceso democráticamente comunicativo, garantizando su participación económica, social y cultural. El cuarto principio sería el del Estado Plural y Democrático de Derecho, confirmando el relevante papel del *pluralismo*, que es necesario para la expresión política democrática como también para el desarrollo de los derechos fundamentales, y

⁸⁷³ Afirma SALVADOR CODERCH (Pablo (director) [et al]. *El mercado de las ideas*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1990, p. 26) que las bases doctrinales de la defensa de la libertad de expresión partieron de las elaboraciones liberales clásicas de John Stuart MILL expuestas en *On Liberty* (1859) y posteriormente con las modernas síntesis doctrinales de NOWAK/ROTUNDA/YOUNG (1986), de NIMMER (1984) o de TRIBE (1988). MILL razonó que a) un gobierno que sostenga la posibilidad de reprimir opiniones contrarias a las sustentadas por él mismo postula su propia *infalibilidad*. b) Un discurso globalmente incorrecto puede contener partes de verdad. c) El juicio verdadero pero sustraído al debate, degenera fácilmente en dogma, en prejuicio. Si es cierto, podrá ser racionalmente fundado y, por tanto, también discutido; d) El mismo sentido de un enunciado verdadero puede llegar a difuminarse, a corromperse o incluso a perderse si no es nunca objeto de análisis, discusión, crítica, censura o ataque. Comenta SALVADOR CODERCH que OLIVER WENDELL HOLMES (1841-1933) propuso que el mejor test para la comprobación de la verdad o falsedad de una opinión es su competencia con otras en el *mercado de las ideas*. Además, la doctrina de ALEXANDER MEIKLEJOHN (1872-1964) señaló que la base de un gobierno democrático sería que los electores no pueden tomar fundadamente una decisión racional sin acceso libre a los datos relevantes para aceptarla o rechazarla. Más recientemente NOWAK/ROTUNDA/YOUNG pusieron de manifiesto que la libertad de expresión favorecería la autorrealización del individuo y el libre desarrollo de la personalidad. Indica también SALVADOR CODERCH que BRANDEIS opinó en una de las sentencias (*Whitney v. California*) del Tribunal Supremo, que la libertad de expresión sería la válvula de seguridad del sistema social.

para la ciudadanía. El concepto constitucional de pluralismo se desdobra en multiplicidad y diversidad. “O pluralismo e a comunicação social para comprovar se a democracia responde ao que dela se espera há de se verificar o estado da informação de interesse geral no país, se se recebe informação apropriada e suficiente para a formação de juízos fundamentados sobre a *res publica*, a sua gestão e a sua orientação”. Pluralismo, pues, significa variedad y, principalmente, diferencia. Comprende simultáneamente la libertad de expresión y la libertad de organizaciones políticas⁸⁷⁴. El concepto se refiere también al *pluralismo informativo*, pues sólo con el conocimiento de las diferentes tendencias ideológicas los ciudadanos participarán efectivamente en el proceso democrático⁸⁷⁵.

⁸⁷⁴ CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005, p. 47-53. Añaden los autores que cualquier modo de participación política democrática presupone comunicación y circulación irrestrictas de ideas, pensamientos y hechos que conformen la opinión pública libre. Tal motivo incluye en este concepto el *pluralismo de medios* o canales de comunicación, imprescindible para que la información pueda ser ampliamente divulgada y percibida por el mayor número de ciudadanos. Además, los autores insertan en este contexto el *pluralismo sociocultural*, pues a la democracia interesa una participación consciente de los ciudadanos, resultado de un proceso dinámico de formación de ideas y opiniones que expresan las diversas dimensiones del ser humano.

⁸⁷⁵ Argumenta CARVALHO (CARVALHO, Alberto Arons de. “A Responsabilidade Social da Comunicação Social” em *Estudos de Direito da Comunicação*, António Pinto Monteiro (coord). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002, p.19-26) que cuatro teorías han regido la comunicación social: 1) La teoría autoritaria: durante casi dos siglos fue la única existente. Tras este periodo, influyó diversos regímenes en épocas diferentes: la Rusia de los Czares, el Japón, la Alemania nazi, la Italia fascista, España y Portugal además de todos los países que tuvieron la forma totalitaria de poder. Entiende que el poder ha de gobernar sus subordinados y, por consiguiente, sus conciencias. El poder es el depositario de la verdad y utiliza la media para informar sobre lo que los gobernantes entienden que sus ciudadanos deben saber y las políticas que deben apoyar. No se acepta cualquier objeción. 2) La teoría liberal: el crecimiento de la democracia política y la libertad religiosa, la expansión de la libertad de comercio y de circulación, la economía del *laissez-faire* y el clima filosófico general de la Ilustración criaron las condiciones para esta teoría. Tuvo inicio en el siglo XVII y se desarrolló en el XIX. No se concibe más el ser humano como dependiente, ni que debe ser conducido y dirigido, mas antes como un ser racional capaz de discernir entre lo cierto y lo errado, entre una alternativa mejor y otra peor. La verdad no es concebida como propiedad del poder. El derecho de buscar la verdad es uno de los derechos naturales de la persona. La prensa no es un instrumento de gobierno, debiendo estar libre del control y de la influencia gubernamentales. Es un medio de divulgación de hechos y argumentos que sirven de base para que los ciudadanos puedan controlar el gobierno y decidir sobre la política. 3) La teoría marxista-leninista: es una contestación a la teoría liberal que afirmaba que por libertad de prensa se entendía la libertad (la burguesía) para que los ricos publicasen periódicos, para que los capitalistas dominasen la prensa y que de este modo sólo los ricos y los grandes partidos poseyesen el monopolio de la verdad. Condujo esta teoría a la estatización de la comunicación social y a su dependencia del partido comunista en el poder. 4) La teoría de la responsabilidad social (evolución de la teoría liberal): se confirma tras la 2ª Guerra, propugnada por Siebert, Peterson y Schramm en 1956 en un estudio denominado de *Theories of the press*. Los objetivos son básicamente los mismos de la teoría liberal, mas plantea que el libre flujo de informaciones no conduce necesariamente a la descubierta de la verdad. Afirma que lo más importante es garantizarse el derecho de los ciudadanos a una información libre, plural y objetiva. No basta asegurar derechos a los periodistas o empresas del género, importa antes verificar el derecho de los ciudadanos a una fiable información. Reconoce el primado de la libertad de

En este sentido, el Estado Constitucional se configura bajo las premisas del *pluralismo*, entendido en su más amplia concepción, conjugado con los *valores democráticos*. En efecto, la modernidad condujo a la sustracción de todos los dominios de la vida social a un sistema democrático hoy concebido como un conjunto de subsistemas de acción social funcionalmente diferenciados y comunicativamente estructurados. El moderno Estado Constitucional contribuyó para la estructuración de los subsistemas sociales como sistemas de libertad comunicativa, y consagró la libertad de expresión como objetivo para desbloquear los canales de la comunicación en todos los dominios de la vida social, en nombre de la autonomía individual y colectiva, y de la interacción social. Las capacidades cognitivas y críticas de los individuos, por tanto, se convierten en la posibilidad y en la libertad de reconstruir la realidad y la experiencia individual y colectiva, con base en los conocimientos adquiridos. Estos desarrollos intelectuales, asociados a los progresos tecnológicos y económicos, van a dar lugar a la emergencia de un sistema social de interacción comunicativa, que pasará a asumir un papel determinante en la democracia⁸⁷⁶. En este contexto, para que el ser humano pueda expresarse con toda plenitud, también ha de tener acceso a todas las noticias, hechos y actos que pueden influir en su vida individual y en la sociedad de la cual participa. Tal entendimiento condujo a la puesta en discusión de un conjunto de ideas estructuradoras de la sociedad y de las instituciones políticas, jurídicas y económicas basado intrínsecamente en la *información*. Ha adquirido la información, pues, una inestimable importancia funcional en el Estado Constitucional. El individuo ha de ser informado ampliamente, de modo que tenga la madurez intelectual para ponderar las opiniones diversas e incluso contrapuestas, situación que se adecua al ideal constitucional-democrático de la libre circulación de informaciones. Es en este sentido que en los sistemas democráticos se considera a la libertad de información, como un objetivo político. En efecto, es una exigencia congruente que la sociedad democrática del Estado Constitucional se ha de articular dentro de un marco informativo necesariamente amplio, pautado en el pluralismo político que priorice la divulgación irrestricta de la información públicamente relevante. Los pilares cardinales de la organización estatal,

expresión, limitada a las preocupaciones de posibles vulneraciones de la intimidad, del honor y de la propia imagen.

⁸⁷⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...* cit., p.13-15.

ejercidos a través del mecanismo electoral, deben estructurar la comunicación social con el fin de promover una opinión pública libre, garantizada por la libertad de expresión y la libertad de información. Por ello, la libertad de información se configura como un componente esencial del sistema político, justificado por la pluralidad de informaciones, y capital para generar una variedad de opiniones. Se ha incorporado a las Constituciones una valoración que persigue que los ciudadanos estén informados, para que éstos elijan, consciente y libremente, su voto.

Puede afirmarse, en suma, que, dada esta importancia funcional en la conformación del actual Estado Constitucional la libertad de información se compone de tres dimensiones fundamentales⁸⁷⁷: a) el derecho de informar, de difundir toda la información obtenida, que desde una perspectiva activa y relacional representa la difusión de la información por cualesquiera de los medios de comunicación en la medida que no perjudique un legítimo interés de terceros, b) el derecho de informarse, partiendo de una postura personal, que se traduce en la posibilidad irrestricta de utilizar toda la información obtenida legalmente y todos los medios legítimos existentes en la búsqueda de la información, c) el derecho a ser informado, una actitud receptora, de recibir informaciones, esto es, una versión positiva del derecho de informarse que se traduce en el derecho a ser mantenido informado y a exigir que la información cumpla su principal objetivo⁸⁷⁸. El titular de tal libertad es la colectividad, cada uno de sus miembros y, en cuanto a su estructura, puede decirse que forma parte de las libertades positivas o derechos de prestación. Se configura desde una doble perspectiva de protección: por un lado, una prestación positiva, de recibir y de difundir la información en la medida que sea veraz y públicamente relevante; por otro, la negativa, de prohibir los impedimentos irrazonables que puedan afectar la efectiva divulgación de la noticia. En otras palabras, la libertad de información ya no se concibe, simplemente, como un mero límite al ejercicio del poder político que asegure y proteja intereses individuales, sino que también expresa un conjunto de valores objetivos que afectan al conjunto de la sociedad y que exigen de los poderes públicos una acción positiva para el

⁸⁷⁷ UICICH, Rodolfo Daniel. *Los bancos de datos...cit.*, p.24

⁸⁷⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV: Direitos Fundamentais, 3ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p.455.

aseguramiento de su ejercicio efectivo⁸⁷⁹. Como consecuencia, los poderes públicos han de proveer los medios para hacer posible una comunicación pública libre, estructurando su base en el precepto general de divulgación de la información veraz públicamente relevante, teniendo como uno de sus principales objetivos la finalidad de que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar, de modo responsable y consciente, en los asuntos públicos. La libertad informativa ha alcanzado el status de valor irrenunciable de las sociedades democráticas, en cuanto posibilita una opinión pública libre que permite la existencia de críticas respecto a los abusos y escándalos que causan el infortunio y la injusticia⁸⁸⁰.

Cabría, pues, preguntarse si entre la libertad de expresión y la libertad de información existe una diferencia material o formal. Se suele admitir que el derecho a la información tiene su origen en la libertad de expresión, en tanto posibilidad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones. Para aclarar la distinción entre las libertades de expresión y de información, ha de aplicarse, por supuesto, un criterio más permisivo para la primera, pues su valor o desvalor son mucho más difíciles de medir que en el caso de la segunda⁸⁸¹. Como explica O'CALLAGHAN MUÑOZ, no puede decirse que la libertad de expresión y el derecho-deber de información sean lo mismo, pero éste está englobado en aquélla⁸⁸². No cabe admitir o mantener que la libertad de expresión exista sin el derecho-deber de la información veraz y públicamente relevante. La principal distinción entre la libertad de expresión y la libertad de información, abordada de forma muy simplista, es que mientras los hechos (información) son susceptibles de pruebas, las opiniones o juicios de valor (expresión), por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración. En efecto, ello lleva a afirmar que a quien ejerza la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la veracidad o diligencia, en la averiguación de lo que transmite. El ámbito de actuación de la libertad de expresión es más amplio, pues se difunde ideas, opiniones o creencias, en las que no opera ni la veracidad de lo expresado ni la diligencia en comprobarla por su autor. De una opinión puede decirse que es acertada o desacertada, pero no que es

⁸⁷⁹ STC Español 61/81, de 16 de marzo, FJ 5.

⁸⁸⁰ PÉREZ LUÑO, A-E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...* cit., p. 373.

⁸⁸¹ NOWAK/ROTUNDA/YOUNG. *Constitutional Law* § 20.6, p. 15, apud SALVADOR CODERCH. *El Mercado de las ideas...* cit., p. 29.

⁸⁸² O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Libertad de expresión y sus límites...* cit., p. 3.

verdadera o falsa, porque no existe una realidad objetiva con que pueda contrastarse⁸⁸³. La libertad de información por referirse a hechos cuenta con el límite interno de veracidad y tiene más reducida su elasticidad⁸⁸⁴. En la práctica, esta clara distinción teórica puede confundirse, porque no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de los hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias, no se da nunca en un estado químicamente puro, y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión⁸⁸⁵. Para distinguir ambas libertades, suele utilizarse el juicio de preponderancia, es decir, en la determinación de si se quiso emitir una opinión o un juicio de valor en relación con unos hechos, en cuyo caso se estaría ante la libertad de expresión, o si, por el contrario, se pretende transmitir información sobre unos hechos, pero tal transmisión se hace de manera valorativa, en cuyo caso se estaría ante el ejercicio del derecho a transmitir una información⁸⁸⁶.

Un ejemplo corriente que suele utilizarse para apreciar la presente convergencia de estos dos bienes democrático-constitucionales (expresión e información) como límite al derecho a la propia imagen es la caricatura. Corroborando lo que ya he dicho, el discurso satírico y la caricatura han sido utilizados como instrumentos de crítica social a lo largo de los años⁸⁸⁷. Es incuestionable que la fuerza comunicativa de estas formas de discurso estimula la imaginación de los ciudadanos y, a la vez, invita a pensar sobre las capacidades críticas contributivas que explicitan las conexiones semánticas y las líneas de conducta del funcionamiento de las estructuras sociales. En este sentido, es pertinente alegar que “o tipo do Estado constitucional de direito democrático tem uma importante dívida histórica para com a sátira e a caricatura, mesmo, ou principalmente, nos seus excessos gráficos⁸⁸⁸”. Es éste el motivo que justifica la afirmación de que el titular derecho a la propia imagen puede tener que tolerar la representación gráfica de

⁸⁸³ BUSTOS PUECHE, José Enrique. “Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia” en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Luís García San Miguel Rodríguez-Arango (Editor), Madrid, Tecnos, 1992, p. 101-156.

⁸⁸⁴ CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “El derecho al honor...cit., p. 105-148.

⁸⁸⁵ STC Español 6/1988, FJ 5°.

⁸⁸⁶ PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional ...*, cit., p. 410.

⁸⁸⁷ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.3

⁸⁸⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais...* cit., p. 828-829.

las evocaciones o expresiones visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible su figura en las caricaturas. La caricatura implica la expresión gráfica por medio de dibujo o diseños de aquellas personas que gozan de notoriedad pública, tanto por ocupar un cargo público o desempeñar una profesión notoria de gran proyección pública. Estas personas habitualmente son objeto de las caricaturas, que no son normalmente idénticas a la figura humana de la persona, pues acentúan los rasgos más notables e visibles con el intuito de hacer una imitación cómica⁸⁸⁹. Se trata, sin duda, de un límite cuyo contenido es tributario del contexto sociocultural⁸⁹⁰. Es usual hoy día utilizar la caricatura para ilustrar un artículo de periódico o incluso para lanzar una campaña publicitaria y, en este contexto, la caricatura es una forma de libertad de expresión y de libertad de información⁸⁹¹. Será instrumento de la libertad de expresión en cuanto traduzca una idea, un pensamiento, una opinión en un dibujo bufonesco de la figura de una persona humana.

Ahora bien, tras reconocer la existencia de esta restricción al derecho a la propia imagen, como en todos los casos de restricción de derecho fundamentales, es necesario saber si los distintos derechos alegados y opuestos se invocan cumpliendo con *todos* sus *requisitos constitucionales*⁸⁹². DUCHACEK distingue tres categorías de ejercicio de la libertad de expresión⁸⁹³: a) los absolutistas, que reclaman una ilimitada libertad de expresión política y no política, la cual es imposible en los países democráticos que respetan los demás derechos fundamentales, y esto hace que esta teoría tenga una ínfima realidad y un escaso valor teórico; b) los maximalistas, que defienden una absoluta la libertad de expresión referida a ideas políticas y una relativa o limitada libertad de expresión a otros valores sociales; y c) los relativistas, que hacen una ponderación entre la libertad de expresión y los otros valores constitucionales, posición doctrinal que se aproxima de la realidad de los Estados democráticos. De hecho, las personas con proyección pública han de soportar esta restricción a su derecho a la propia imagen,

⁸⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. "Direito à imagem e a sua tutela" *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 79-106.

⁸⁹⁰ CARRILLO, Marc. "El derecho a la propia imagen...cit., p. 07-30.

⁸⁹¹ PASCUAL MEDRANDO, A. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit.. p. 150.

⁸⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais...* cit., p. 199-200.

⁸⁹³ DUCHACEK., Ivo D. "Derechos y libertades en el mundo actual", traducción de Octavio Monserrat Zapater, Colección ciencia política, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, p. 293 y ss.

impuesta por la libertad de expresión, cuando se usa la caricatura, de acuerdo con el uso social, que permite delimitar la forma, las condiciones y las circunstancias en las que será lícita para ilustrar un comentario o hacer una parodia o broma. La caricatura satírica no puede ser un instrumento incólume de críticas, pues existen límites a tal forma de expresión. En la medida que su uso aparezca entremezclado con el honor o la intimidad de la persona en cuestión, esta causa de justificación no será aplicable y, consiguientemente, será una utilización ilícita, pues su previsión se refiere exclusivamente al derecho a la propia imagen⁸⁹⁴. Existirá una intromisión ilegítima cuando la caricatura represente una persona en actuaciones o actitudes de su vida privada y cuando exista un deliberado y claro propósito de perjudicar a la persona dibujada. Se ha de convenir, asimismo, que del ámbito jurídicamente protegido de la libertad de expresión no forman parte las expresiones insultantes o injuriosas, ni noticias falsas o que carezcan de interés público⁸⁹⁵. Por ello, la utilización de la caricatura no será lícita cuando la crítica que se realiza a través de ella no tenga interés público, ya que, en este caso, no podrá ser considerada una forma legítima de ejercicio de la libertad de expresión al servicio de la formación de una opinión pública plural, que justifique el sacrificio del derecho a la propia imagen de la persona caricaturarizada⁸⁹⁶. Tal razonamiento implica que el retratado ha de soportar la utilización de su imagen en caricaturas, en cuanto éstas no ofendieren la ética, la moral o las buenas costumbres. Además de esa vertiente de libertad de expresión, podrá la caricatura igualmente servir de información cuando además de la inherente crítica, dependiendo de la forma dibujada, proporcione una transmisión de hechos noticiados. No obstante, es mucho más estricto el margen de libertad cuando la caricatura incorpore una información y, por consiguiente, será más rígido el control para que se estime legítimo tal instrumento satírico. Pese a este ejemplo, conviene profundizar sobre la diferencia entre la libertad de expresión y la libertad de información: la veracidad.

⁸⁹⁴ ROVIRA SUEIRO, Ma. E. *La responsabilidad...* cit., p. 181.

⁸⁹⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE. Antonio Luis “Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad: STC 136/199, de 20 de julio” en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.º. 54, 2006 (Ejemplar dedicado a: Veinticinco años de jurisprudencia constitucional I), págs. 75-118 (p. 79).

⁸⁹⁶ VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz” ... cit., p. 1393.

Es usual entender que la libertad de información, para su *conformación* y *legitimación constitucional*, ha de cumplir dos obligaciones ético-jurídicas; la *veracidad* y la *relevancia pública*. No es exigible la verdad, por cuanto en términos absolutos, aristotélicos o como categoría metafísica no existe⁸⁹⁷. La veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en una información sean rigurosamente verdaderos, porque los *errores informativos intrascendentes* han de entenderse protegidos también por el derecho constitucional de información⁸⁹⁸. Lo que se impone es una específica labor de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad, que no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas. Para que el ejercicio del derecho fundamental a la información sea serio y responsable, la veracidad ha de entenderse como la adecuación aceptable entre lo sucedido y lo transmitido⁸⁹⁹. La información veraz reclama una correlación objetiva entre los hechos acaecidos y el mensaje, descartando la presentación engañosa, mendaz, maliciosa, negligente, de la noticia. Esta obligación de veracidad de la información se configura como un derecho de los ciudadanos, igualmente, como un objetivo del sistema político, siendo patente la necesidad del respeto y de protección estatales para que se conforme este sentido jurídico⁹⁰⁰. La veracidad es uno de los elementos de la información que los diversos actores sociales implicados (diarios, radiotelevisión, poderes públicos, lectores...) no pueden dejar de lado, como si de un simple factor retórico se tratase⁹⁰¹. Se admite que el objeto de la libertad de información es la noticia veraz, la libre comunicación de hechos de actualidad con *relevancia pública*, es decir, el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos. Con todo, la noticia, para que sea publicada y goce de la máxima protección constitucional, ha de ser *veraz* y *públicamente*

⁸⁹⁷ NAVARRO MARCHANTE, Vicente J. “La veracidad, como límite interno del derecho a la información” *Revista Latina de comunicación social*, N.º. 8, 1998, (<http://www.ull.es/publicaciones/latina/a/56vic.htm>).

⁸⁹⁸ STC Español 171/1990, de 12 de noviembre, FJ8.

⁸⁹⁹ SSTC Español 171 y 172/1990, 12 de noviembre.

⁹⁰⁰ Resalta MARTINS (Ives Gandra da Silva. “Direitos e deveres no mundo da Comunicação – da Comunicação Clássica à Eletrônica”, em: *Portugal-Brasil ano 2000*, Coimbra Editora, 1999, p.105-126) que desde una perspectiva instrumental “A volatilidade da informação e a sua universalidade estão ainda muito acima da capacidade de regulação jurídica, por parte dos diversos ordenamentos jurídicos e mesmo por parte daqueles comunitários ou plurinacionais”.

⁹⁰¹ CARRILLO, Marc. “Derecho a la información y veracidad informativa (Comentario a las SSTC 168/86 y 6/88)” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Núm. 23, Mayo-Agosto, 1988, p. 187-206.

relevante, requisitos básicos necesarios y unísonos en los distintos ordenamientos⁹⁰². Afirmar SARAZÁ JIMENA que la jurisprudencia constitucional de España⁹⁰³ ha construido el principio de la *inevitabilidad de las informaciones erróneas*⁹⁰⁴, el cual, como comenta LÓPEZ DÍAZ, ha contribuido para concretar una adecuada concepción de veracidad⁹⁰⁵. Para que se considere constitucionalmente protegida la información, se estableció que: a) la información ha de basarse sobre hechos, no sobre simples rumores; b) existe un deber de diligencia del informador sobre las afirmaciones que realiza; c) ese deber de diligencia sobre los hechos de los que va a informar requiere un previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con un menosprecio a la veracidad o falsedad de lo comunicado⁹⁰⁶.

En efecto, el concepto de veracidad alude al ideal constitucional de pluralismo informativo, que también comprende la diversidad de enfoques enfrentados al exponer una información, es decir, que la transmisión de hechos debe hacerse incluyendo siempre versiones distintas de los mismos. Sin embargo, este ideal pluralista – que permitiría al ciudadano formar por sí mismo su convicción con el máximo de datos - no siempre es factible en la práctica. Cuando una noticia no incluye todas las versiones disponibles de los hechos, se exige al menos que la versión recogida sea el producto de un diligente trabajo del periodista⁹⁰⁷. El informador tiene un especial deber de comprobar los hechos que expone, mediante unas oportunas averiguaciones y empleando una diligencia exigible a un profesional⁹⁰⁸, excluyendo, pues, invenciones, rumores o insidias⁹⁰⁹. Aunque en todo caso, le es exigible al profesional de la

⁹⁰² <http://www.personal.us.es/urias/> “Los límites de las libertades de prensa y expresión (En las democracias occidentales. Una perspectiva general y parcialmente comparada)”

⁹⁰³ STC 6/1988, de 21 de enero FJ5. SSTC 105/1990, de 06 de junio (FJ5); 172/1990, de 12 de noviembre (FJ3), 143/1991, de 1 de julio (FJ6), 197/1991, de 17 de octubre (FJ2); 40/1992, de 30 de marzo (FJ2), 85/1992 (FJ4); 240/1992, de 21 de diciembre (FJ5), 178/1993, de 31 de mayo (FJ5).

⁹⁰⁴ SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Libertad de expresión e Información...* cit., p.281 y ss..

⁹⁰⁵ LÓPEZ DÍAZ, E. *El derecho al honor y el derecho ...* cit., p. 161.

⁹⁰⁶ Opina, en el mismo sentido, REBELO (Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação...* cit., p. 38) que “o conceito de veracidade se compõe dos seguintes elementos: a) A informação deve versar sobre fatos objetivos e reais; b) Os fatos tem de ser comprovados razoavelmente, c) Diligência de um jornalista na averiguação da veracidade da difusão de um fato”.

⁹⁰⁷ <http://www.personal.us.es/urias/> “Los límites de las libertades de prensa y expresión (En las democracias occidentales. Una perspectiva general y parcialmente comparada)”.

⁹⁰⁸ BUSTOS PUECHE, José Enrique. “Los límites de los derechos de libre... cit., p. 101-156.

⁹⁰⁹ STC Español 105/1990, FJ 5

información una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone, para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz, tal obligación, sin embargo, debe ser proporcionada a la trascendencia de la información que se comunica, dependiendo, necesariamente, de las circunstancias que concurran en cada supuesto en concreto⁹¹⁰. Y ello porque “esperar para ver todos os dados para que o fato se possa considerar incontroverso constituiria uma espécie de autocensura jornalística. A informação imediata comporta em si mesma o risco de inexatidão ou de erro; o importante é a diligência do jornalista na comprovação razoável da veracidade da informação, que não se satisfaz com a pura e genérica remissão a fontes indeterminadas⁹¹¹”. En efecto, el concepto de información veraz suele ser amplio, pues no puede exigirse una prueba exhaustiva, sino tan solo una diligencia eficaz y necesaria para la contestación de la noticia⁹¹². La contrastación de la noticia no es, por tanto, una imposición de información unívoca, sino que, más allá de su genérica formulación como deber, exige matizaciones casuísticas. La obligación de comprobar la veracidad del contenido de la información adquiere, en principio, su máxima intensidad, aunque pueden existir circunstancias que modulen dicha obligación como, entre otras, el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc⁹¹³. En definitiva, el requisito de la veracidad condiciona el ejercicio *constitucionalmente legítimo* de la libertad de información, imponiendo al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, sin que ello suponga que el informador esté obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que no ha menospreciado la veracidad de su información, dejándola reducida a un conjunto de rumores deshonorosos o insinuaciones vejatorias o meras opiniones gratuitas, que no merecen protección constitucional⁹¹⁴.

En este contexto, para que la información alcance legítimamente la protección constitucional que se le confiere, se ha de cumplir, también, el otro requisito que la

⁹¹⁰ STC Español 219/1992, FJ 5

⁹¹¹ REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação...*cit., p. 39.

⁹¹² HERRERO-TEJEDOR, F. *Honor, intimidad y propia imagen...* cit., p. 131.

⁹¹³ STC Español 240/1992, FJ 7

⁹¹⁴ CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e Injurias*. DYKINSON: Madrid, 2004, p. 37 y ss.

integra: que trate sobre asuntos de interés general o de *relevancia pública*⁹¹⁵. Una información posee relevancia pública cuando sirve al interés general y lo hace por referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos, hechos con trascendencia política, social o económica. MEDINA GUERRERO, citando a ROBERT C. POST⁹¹⁶, establece dos conceptos de asunto público: de un lado estaría el *concepto normativo* de asunto público, sería el asunto que afecta al autogobierno democrático, más estrechamente relacionado con la dimensión institucional que se atribuye a la libertad de información, en cuanto garante de la opinión pública libre; y de otra parte, el *concepto descriptivo* de asunto público, el cual se analiza desde una perspectiva puramente empírica, pues de acuerdo con esta tesis el adjetivo público denotaría un asunto que ya es conocido por un número significativo de personas⁹¹⁷.

Ahora bien, no se puede negar el gran poder de informar que nace con la imagen. La publicación de las imágenes es una exigencia de la información contemporánea. Como aclara IGARTUA ARREGUI, la imagen puede representar una noticia en sí misma, como también existen casos en que ésta es un mero telón de fondo del contenido de la información⁹¹⁸. En este supuesto, la ilustración de noticias no supone directamente información, pero sí lo es indirectamente. La imagen apoya, de esta forma, una mejor comprensión de la opinión o del reportaje que en ella que figura⁹¹⁹. Se usa la imagen como instrumento de información de la sociedad por ser una manera más rápida y eficaz. Por este motivo, ante las reivindicaciones del interés

⁹¹⁵ SSTC Español 67/1988, 171/1990, 22/1995 y 28/1996)

⁹¹⁶ (“The Constitutional concept of public discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*”, *Harvard L. R.*, 103, 1990, pág. 669 *apud* MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad...* cit., p.112.

⁹¹⁷ Tras analizar varias sentencias de Inglaterra y Estados Unidos, ENRICH (Enric. “El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión”. *Revista Jurídica de Cataluña*. Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación (1985), n. 3, 2004, p. 795-812) opina que el derecho a la libertad de expresión y de información parece más “fundamental” que el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad en los sistemas anglosajones, esto es, suele prevalecer frente a estos, especialmente tratándose de personajes públicos. A su juicio, el derecho español es de los tres sistemas el más equilibrado para solventar la cuestión del conflicto de los dos derechos, por tener ambos el mismo valor constitucional. Igualmente, ambos han sido desarrollados por sus respectivas leyes orgánicas, y los dos tienen el mismo cauce jurisdiccional específico de protección. Además, considera que esta más amplia regulación legal permite al Estado/juez ir directamente al núcleo del asunto y dictaminar si en el caso concreto ha habido vulneración.

⁹¹⁸ IGARTUA ARREGUI, F. *La apropiación comercial de la imagen...* cit., p. 134 y ss.

⁹¹⁹ IGARTUA ARREGUI, F. “Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad. Derecho de información” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 1988, n° 18, p. 973-978.

público, nace la necesidad de restringir el derecho a la propia imagen. La excepción al derecho a la propia imagen para ilustrar una noticia podría ser la mejor manera de informar objetivamente a la sociedad. En este contexto, es imposible que un vehículo de comunicación social obtenga el permiso previo de todas las personas que tengan sus imágenes retratadas. Empero, el uso de la imagen, como medio de comunicación, no puede ser indiscriminado, pues se ha de establecer un equilibrio entre las exigencias de protección de la imagen y los reclamos de la libertad de información. La legitimidad de la excepción al derecho a la propia imagen estará respetando los imperativos *constitucionales* cuando la ilustración de la información, ya sea una noticia *per se* o funcione como fondo, atienda a un relevante interés público informativo. Por supuesto, la preocupación social, los hechos realmente de relevante interés público deben prevalecer ante un interés meramente particular. Ello se justifica por la propia existencia de la sociedad y, por consiguiente, de los principios conformadores del actual Estado Constitucional. Cuando la libertad de información se ajusta a estos parámetros, se podrá conferir licitud al uso de una imagen no consentida.

Para medir si el hecho merece la condición de noticiable (carácter público del discurso)⁹²⁰, se suelen emplear dos criterios: 1) el objetivo/material que versa sobre el contenido del asunto de la información, pues si éste puede catalogarse como públicamente relevante, tal consideración se extiende a los sujetos involucrados, con independencia de que fueran o no conocidos con anterioridad por la opinión pública; 2) el subjetivo/instrumental que tiene en cuenta el hecho de que la previa proyección pública de una persona puede hacer que tenga interés informativo la difusión de datos que, objetivamente desligados del sujeto en cuestión no podrían estar, ni siquiera considerarse *prima facie*, bajo el ámbito de cobertura del derecho a la información⁹²¹. No obstante esta clasificación usual para considerar la información como públicamente relevante, y, por consiguiente, legitimar su prevalencia frente el derecho a la propia

⁹²⁰ PIERINI, Alicia; LORENCES Valentín, TORNABENE María Inés. *Hábeas data: derecho a la intimidad: derecho a informar, límites, censura*. Buenos Aires Universidad, 1999, p. 204 y ss.

⁹²¹ MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional ...* cit., p. 114; LÓPEZ DÍAZ, E. *El derecho al honor y el derecho ...* cit., p. 161; GALÁN-JUÁREZ, Mercedes. “Derecho a transmitir libremente información veraz” en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 55, vol. II, 2006, p. 597-617.

imagen, prefiero clasificar tales criterios en tres niveles: a) *ratione materiae*, b) *ratione personae* y c) *ratione loci*.

2.9.2.2 El criterio *ratione materiae* y la aplicación del principio de proporcionalidad

En mi opinión, uno de estos criterios se sobresale frente a los otros dos: el criterio *ratione materiae*. En efecto, la trascendencia social de los hechos en sí mismos considerados puede ser valorada para determinar si son noticiables o susceptibles de difusión, como capaces de contribuir para la formación de la opinión pública⁹²². De hecho, para la clasificación de un hecho noticiable *per se*, se examinan las indicaciones negativas, acotando de forma excluyente qué es lo que no puede considerarse de relevancia pública. De este modo, queda extramuros de la libertad de información la divulgación de datos cuyo único interés reside en despertar la curiosidad ajena, el cotilleo o la morbosidad. Como afirma RUIZ Y TOMÁS, la facultad de vedar la reproducción de la imagen corresponde al retratado, sin distinción entre personas públicas y privadas, tenga las restricciones demandadas por las necesidades de la convivencia social y la satisfacción de los legítimos intereses colectivos, entre los cuales se niega a las que se hallen implicadas con la simple y, a veces, malsana curiosidad⁹²³. Por eso, a mi juicio, que para que un asunto pueda entenderse como materialmente de relevancia pública, se hace menester que tenga una mínima trascendencia social, partiéndose del concepto *normativo* de discurso público, anteriormente mencionado. Será, pues, públicamente relevante la información que se relacione con el proceso de autogobierno democrático, en el sentido amplio de la expresión. Efectivamente, los asuntos que son así clasificados pueden ser ejemplificados como aquellos que se dirigen para la gestión de la cosa pública, o los que se vinculan con los hechos que sean útiles en el proceso de autodefinición colectiva. En regla general, son los que aportan algo, las aspiraciones, los proyectos y los valores comunes a los debates que desarrolla una sociedad democrática heterogénea.

En este contexto, se suele establecer una escala gradual de asuntos de mayor o menor valor informativo: a) contenidos de relevancia *inmediata o directa* para el

⁹²² GALÁN-JUÁREZ, Mercedes. “Derecho a transmitir libremente información veraz”... cit., p. 605.

⁹²³ RUIZ Y TOMÁS, Pedro. “Ensayo sobre el derecho... cit., p. 107.

proceso de formación de la voluntad política, que serían las informaciones sobre asuntos públicamente discutidos relativos a la práctica política cotidiana; b) contenidos de relevancia *mediata o indirecta*, que son las cuestiones de carácter social, económico o cultural; c) contenido *puramente social*, el mero entretenimiento, careciendo, por ende, de cualquier relevancia política. Esta clasificación está en consonancia con lo que razona POSNER⁹²⁴, para quien, desde la perspectiva de la naturaleza, del valor y de la cantidad, es intuitivo situar el asunto *político* en el primer lugar de la jerarquía de valores. La segunda categoría de asunto comprende lo que se llama *información en sentido amplio*, la científica, la técnica, la escolar o la cultural. La última categoría comprendería asuntos residuales, el discurso cuyo propósito es expresar las intenciones de quien lo formula, atendiendo un interés de entretener los destinatarios. Dada esta clasificación, es evidente una relación inversamente proporcional en estos supuestos de restricción a la protección del derecho a la propia imagen: más intensa debe ser la actuación de la protección a este derecho de la personalidad, cuanto menor sea el valor informativo para el público, es decir, cuando prevalezcan la mera curiosidad y el sensacionalismo, así como el simple interés por el entretenimiento⁹²⁵. Y ello porque “o fato de determinadas informações sobre a vida privada dos cidadãos suscitem o *interesse do público*, em termos fáticos, não significa que a sua divulgação seja de *interesse público*, em termos normativos⁹²⁶”.

⁹²⁴ Citado por SALVADOR CODERCH, P. “La metáfora del mercado de las ideas: el análisis económico de los límites a la libertad de expresión y sus propios límites” en *El mercado de las ideas ...* cit., p. 48.

⁹²⁵ No obstante, resalta MEDINA GUERRERO (*La protección constitucional...* cit., p. 120-121) que en los EUA prevalece la concepción *descriptiva* de asunto público. Lo que se garantiza con la libertad de prensa no es únicamente preservar la discusión política o el comentario sobre los asuntos públicos, que resultan esenciales para un gobierno saludable. La exposición, en diferentes grados, de uno mismo ante los demás es consustancial a la vida en una comunidad civilizada. El riesgo de esta exposición es un incidente esencial de la vida en una sociedad que atribuye un valor fundamental a la libertad de expresión y de prensa (*if they publish it, it must be news*). En el mismo sentido, comenta FAYOS GARDÓ (A. *Derecho a la intimidad...* cit., p. 57 y ss.) que el llamado *newsworthiness privilege* es continuamente alegado por la prensa cuando se ve en apuros frente a demandas judiciales por el *tort* de intrusión. En los Estados Unidos, todo en un sentido amplio puede ser considerado de gran valor noticiable. El Tribunal Supremo, en la sentencia *Cox v. Cohn* (420 US 469 1975) en la cual el señor Cox demandó a un periódico por la publicación del nombre de su hija quien había sido violada y asesinada por seis jóvenes que estaban siendo juzgados por ello, sostiene que la Primera Enmienda protege la expresión (*speech*) con generalidad y no simplemente una categoría limitada exclusivamente a la expresión política.

⁹²⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais...* cit., p. 793.

De hecho, ésta es la tarea central que se debe abordar: lo que es interés público e interés *del* público, pues no todo el interés público es sano y merece protección⁹²⁷. Ya decía LUIGI FERRARA que la fisonomía de una persona puede ser objeto de la curiosidad, pero no se comprende que se destine a beneficio del público⁹²⁸. En el modelo posneriano, por ejemplo, el discurso específicamente político es bastante elástico, pues en las sociedades democráticas se usa la información política para decidir el voto individual y su orientación. El discurso político es una típica información que no beneficia a quien lo primero difunde, pues es un bien público por antonomasia⁹²⁹. Ello contribuye a realzar la situación preferente que los discursos políticos deben ocupar en la libertad de información y de expresión, pues configuran un auténtico *interés público*. El interés público tiene trascendencia y legitima el uso no consentido de la imagen; en cambio, el interés *del* público, utilizado para satisfacer la curiosidad de algunas personas, no responde a ninguna exigencia política o social y en nada contribuye para la verdadera formación cultural o el libre desarrollo de la personalidad. La única exclusión expresamente asumida por el Tribunal Constitucional Español es la de la divulgación de meras futesas⁹³⁰ cuyo sólo interés resida en despertar la curiosidad ajena⁹³¹. Por supuesto, en los sistemas constitucionales de Portugal, España y Brasil es más adecuada la concepción *normativa* de relevancia pública, de suerte que el chismorreó, el cotilleo, lo que sean curiosidades, morbosidades o figoneos indiscretos en vidas ajenas quedan extramuros del derecho a la información. El interés público es el fundamento del derecho a la transmitir la información, empero el interés *del* público no justifica intromisiones en el derecho a la propia imagen. Se trata, pues, de una forma de intromisión innecesaria o desproporcionada en la inviolabilidad personal ajena⁹³².

En este sentido, el derecho a la propia imagen sólo debe soportar las restricciones impuestas por las verdaderas necesidades sociales. No obstante, ello no

⁹²⁷ FAYOS GARDÓ A. *Derecho a la intimidad...* cit., p. 388.

⁹²⁸ *Intorno al diritto alla propria immagine*, “Giuris Ital.”, 1903, IV, p. 279 y ss., *apud* RUIZ Y TOMÁS, *op. cit.*, p. 95.

⁹²⁹ SALVADOR CODERCH, P. “La metáfora del mercado de las ideas: el análisis económico de los límites a la libertad de expresión y sus propios límites” en *El mercado de las ideas ...* cit., p.50.

⁹³⁰ Del francés *foutaise* y que significa “fruslería”, “nadería”.

⁹³¹ MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional...* cit., p. 123.

⁹³² AFFORNALLI, *op. cit.*, p. 88.

significa que deba defenderse un concepto rígido o desmedido de *interés público*⁹³³. Teniendo en cuenta el estatus de principio institucional que ha alcanzado la libertad de información, es prudente no inclinarse por una concepción inflexible de lo que sea públicamente relevante. Los hechos noticiables de interés público son los que permiten la formación de un sentido crítico en los ciudadanos, lo que supone un ejercicio más efectivo de los derechos y un mejor sentido de las obligaciones para con la sociedad. Por ello la información debe tener como objetivo un enriquecimiento personal del informado, conectarse a su participación en la vida social y versar sobre materias que constituyen un interés de la sociedad en su conjunto⁹³⁴. Será públicamente relevante la información que interfiera en el proceso de autogobierno democrático, en sentido amplio, y también las noticias que sean socialmente trascendentes y útiles para el proceso de autodefinition colectiva de la sociedad. A partir de estas características, no se ha de ignorar las transformaciones políticas, sociales, económicas que se emergen desde el seno de la propia colectividad y que influyen en lo que la sociedad pueda entender como relevante. La esfera pública, lejos de ser únicamente una *publicidad política*, se amplía a todos los dominios de la vida social, a través de partidos políticos, confesiones religiosas, movimientos sociales, asociaciones cívicas, clubes privados, etc. Debe ser vista como una realidad multi-funcional, facilitando la realización (y opción) individual, la participación cívica y la creación de comunidades y subcomunidades culturales⁹³⁵.

En este sentido, a la hora de interpretarse ampliamente qué es un acontecimiento de interés para la opinión pública (objetivo, material), MEDINA GUERRERO considera que hay dos criterios jurisprudenciales para barajar si los concretos datos divulgados se hallan o no relacionados con el asunto de interés general, la *teoría*

⁹³³ Ni tampoco muy amplia como la de los Estados Unidos al punto de estimar como preferible el discurso descriptivo. En el territorio estadounidense, se aplica el concepto de interés público, como advierte FAYOS GARDÓ (*Derecho a la intimidad...* cit., p. 63 y ss.), de una forma extensa por todos los tribunales, con las siguientes matizaciones: 1) cuando se trata de personas privadas tienen que estar vinculadas con el asunto alegado, pero el concepto de vínculo se interpreta de todas formas de modo muy amplio; 2) Se establecieron tres criterios para valorar la noticiabilidad: a) el valor social de los hechos, b) la intensidad de la intrusión en hechos manifiestamente privados y c) hasta qué extremo el individuo se ha colocado voluntariamente en una posición de fama o notoriedad.

⁹³⁴ REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela...* cit., p. 41.

⁹³⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais...* cit., p. 53.

alemana de la necesidad y el principio estadounidense de conexión lógica⁹³⁶. De acuerdo con éste, basta que las personas estén vinculadas de alguna manera con el asunto de interés público para que la libertad e información prevalezca sobre la protección la propia imagen. En esta línea, las consecuencias de la adopción de este principio implican que los tribunales renuncien a la fijación de ámbitos materiales en los que puede darse lícitamente una discusión pública y aceptan que haya un vínculo con la noticia de interés general. Corresponde a los profesionales de la comunicación decidir sobre la extensión de la información a suministrar. Como indica IGARTUA ARREGUI, la ilustración de noticias en los Estados Unidos sigue la regla de la doctrina de la llamada *excepción de ilustración*, que aduce que no se considera ilícito el uso la fotografía que ilustra un artículo sobre una materia de interés público a menos que no tenga relación real con el artículo o que éste suponga un anuncio disfrazado con un propósito comercial⁹³⁷. De otra parte, en Alemania, se parte de la idea de que no puede divulgarse cualquier dato que pueda relacionarse de alguna manera con el tema que se considera de interés general, pues, de acuerdo con el criterio de la “teoría de la necesidad”, la publicación de un dato privado (sentido amplio) sólo es legítima cuando sea necesaria para satisfacer un real interés público de la información. En España, indica MEDINA GUERRERO, la jurisprudencia constitucional ha adoptado una forma más laxa de control, optando por un modo variable, del que hace uso con un cierto margen de libertad, pues a veces se aplica el principio de la conexión lógica y en otras ocasiones se elige el principio de la necesidad⁹³⁸.

A mi juicio, sería conveniente fusionar los dos parámetros antes descritos, que conduciría al principio de proporcionalidad⁹³⁹ en el caso concreto, para debatir la

⁹³⁶ MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional ...* cit., p. 124 y ss.

⁹³⁷ IGARTUA ARREGUI, F. *La apropiación comercial...* cit., p. 135.

⁹³⁸ MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional ...* cit., p. 124 y ss.

⁹³⁹ Resalta ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH (“El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional” en *Jueces para la democracia*, N° 28, 1997, págs. 69-75) que la formulación inicial del principio de proporcionalidad se encuentra en el ámbito del Derecho Penal, como instrumento para mensurar la pena. Relata que BECCARIA en su célebre obra *De los delitos y de las penas* ya hacía referencia a tal principio cuando admitía que la pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil. Añade MEDINA GUERRERO (M. *La vinculación negativa...* cit., p. 118) que el principio de proporcionalidad ha adquirido fuerza en Alemania donde ya expresaba un notable desarrollo en el Derecho Administrativo prusiano, especialmente en materia de policía, hasta el punto de llegar a considerarse uno de los principios fundamentales del Estado de derecho. Así se justificó que el principio de proporcionalidad tenía rango constitucional, al derivar del principio del Estado de derecho e incluso de la esencia de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Español también estimó que dicho

utilización de la imagen humana frente al interés público de información, ya sea la imagen una noticia *per se* ya sea la imagen un mero telón de fondo. Para que se considere proporcionada la utilización de la representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo de alguien por una noticia veraz y públicamente relevante se han de dar los requisitos: 1) que la persona esté lógicamente vinculada⁹⁴⁰ a los hechos a los cuales se reporta la información (examen de idoneidad o adecuación) y que el uso de la imagen se configura como un medio adecuado para favorecerse el resultado perseguido, confiriéndose idoneidad a la restricción⁹⁴¹; 2) que no haya otras alternativas que garanticen de modo igualmente satisfactorio el objeto que justifica el límite, en otras palabras, que ha de ser *necesaria* la utilización de la imagen, que su uso sea indispensable para la transmisión de la información (examen de necesidad o indispensabilidad), la cual debe atender a una finalidad teleológica del interés público y no privatística o incluso publicitaria⁹⁴², con fines que no satisfagan un mero interés excuso y 3) que superadas estas dos hipótesis se haga una ponderación *stricto sensu* entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen, siendo que la medida restrictiva se reporte a un mayor beneficio general que el sacrificio que supone para el derecho fundamental⁹⁴³, que se consiga tal finalidad

principio es un elemento integrante del Estado de Derecho pues “al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad... tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones procedan éstas de normas o resoluciones singulares” (STC 85/1992, FJ 4º). Y en otra obra, MEDINA GUERRERO (Manuel. “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales” en *Cuaderno de Derecho público*, Nº 5, 1998, p. 119-141) confirma que “en la órbita jurídica donde nos insertamos se admite generalizadamente que el control de proporcionalidad de la acción del Estado constituye un elemento integrante de la concepción actual de la cláusula del Estado de Derecho”.

⁹⁴⁰ IGUARTUA ARREGUI (F. *La apropiación comercial ...* cit., p. 136-137) da algunos ejemplos como la foto de un ilusionista hindú puede ser usada para acompañar un artículo sobre el truco hindú de la cuerda mágica, o la de un adolescente en un concierto de rock puede usarse para acompañar un reportaje sobre los *fans* del grupo The Who.

⁹⁴¹ LOPERA MESA; Gloria-Patricia. “El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo” en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 25, Nº 73, 2005, pags. 381-410 (p. 393).

⁹⁴² Cabe aquí citar uno de los varios ejemplos de explotación ilícita de la imagen de una persona notoria para fines publicitarios. Es conocido el caso en que para hacer propaganda de los bolígrafos Parker fueron utilizadas las imágenes de los Presidentes Reagan (EEUU) y Gorbachev (URS) cuando firmaban un tratado de no proliferación de armas nucleares. Este uso publicitario y no informativo no es lícito y, por consiguiente, el titular de la imagen tiene la posibilidad de demandar judicialmente para proteger su derecho.

⁹⁴³ ALAEZ CORRAL, Benito. “Defensa de la Constitución, Libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (A propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999)” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº 3, 1999, pags. 2567-2594 (p.2582).

con una restricción menos penosa para el derecho fundamental⁹⁴⁴ de la propia imagen, viabilizando el sacrificio mínimo de ambos derechos, en atención a la concordancia práctica de los derechos en conflicto, con el fin de atenuar el estado de tensión mutua existente⁹⁴⁵. De este modo, se podrá evaluar si la restricción impuesta por la libertad de información al derecho fundamental a la propia imagen resulta inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; si es innecesaria, por existir, a todas luces, otras alternativas más moderadas y susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia, o si es desproporcionada en sentido estricto, por generar, de forma patente, más perjuicios que beneficios para el mensaje que indica la Constitución⁹⁴⁶. Además, es oportuno recordar que en tanto un derecho fundamental, el derecho a la propia imagen siempre ha de estar amparado por el principio *favor libertatis*, consistente en la necesaria *interpretación extensiva* de los derechos fundamentales y en la *interpretación restrictiva* de sus límites. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad, seguramente, se revela como un instrumento que permite revisar, de modo más objetivo, si la conciliación de los derechos y bienes constitucionales se ha efectuado correctamente. Se busca, a través de la ponderación ínsita al principio de proporcionalidad, en la medida de lo posible, que ninguno de los derechos resulte injustificadamente sacrificado en beneficio del otro derecho o bien con el que colisiona⁹⁴⁷. Aparece, pues, el principio de proporcionalidad como un “límite de los límites” que permite controlar el margen de actuación limitativa⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. “El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº 3, 2003, págs. 1803-1830 (p. 1817).

⁹⁴⁵ En su relevante libro BERNAL PULIDO (Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2005, p. 540 y ss.) hace un razonamiento sobre la relación entre el principio de proporcionalidad y los cánones tradicionales de la interpretación jurídica y plantea que la interpretación de los cánones en la interpretación de las disposiciones iusfundamentales no suele ser suficiente a la hora de fundamentar normas adscritas en los casos difíciles. Por ello existe un nexo de compatibilidad y complementación entre ellos y el principio de proporcionalidad. Por medio de la aplicación del método *literal* el Tribunal verifica si el caso es fácil o difícil de derecho fundamental (1), si la norma o posición afectada puede ser adscrita *prima facie* a la disposición iusfundamental alegada (2) y si la ley objeto del control debe ser considerada como una intervención en el ámbito normativo de dicho enunciado constitucional (3): se invocan, pues, los presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad. Además, los métodos teleológico (subjctiva y objetiva) e histórico son de gran valor para hacer explícitos los argumentos y criterios que integran los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

⁹⁴⁶ BARNES VÁZQUEZ, Javier. “El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar” en *Cuadernos de derecho público*, Nº 5, 1998, págs. 15-50 (p.16).

⁹⁴⁷ MEDINA GUERRERO M. *La vinculación negativa...* cit., p. 119.

⁹⁴⁸ ALAEZ CORRAL, Benito. “Defensa de la Constitución, Libertades...cit., p. 2583.

No obstante, se ha de señalar que a pesar de superar este “juicio de proporcionalidad”, la restricción no podrá afectar el contenido esencial del derecho fundamental a la propia imagen⁹⁴⁹. Y ello porque la dimensión institucional de los derechos fundamentales pretende evitar, con la previsión de los límites, un abuso de los derechos individuales, en línea con las teorías clásicas del abuso del derecho y las más modernas que vetan su uso antisocial⁹⁵⁰. No obstante, la dimensión institucional de los derechos fundamentales también protege a éstos como derechos individuales frente a medidas limitadoras de carácter masivo, que impidan su ejercicio a la mayoría de los ciudadanos, provocando, así, que de regla en la vida social, pasen a ser excepciones. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales puede, pues, deducirse de la naturaleza y función de los derechos fundamentales en la Constitución del moderno Estado social y democrático de Derecho. El contenido esencial se configura como la expresión jurídico-positivizada del valor intrínseco de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución, resultado de la conjunción entre el valor de la dignidad humana y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas y externas o relativas a su ejercicio)⁹⁵¹. Por ello, la relación entre la dimensión institucional de los derechos fundamentales y los límites inmanentes no supone una anulación del carácter de derecho individual, por el contrario, contribuye de manera decisiva a su plena realización. La determinación del contenido esencial se hace de manera individualizada para cada derecho bajo la égida que marca el principio de ponderación de bienes, con el que se logrará, como se ha dicho, un adecuado equilibrio. Se hace necesario, de este modo, combinar la garantía absoluta del contenido esencial (ligada a la idea de núcleo resistente) con la relativa (conectada al principio de ponderación de bienes), de ahí que se hable de teoría mixta del contenido esencial⁹⁵². La integración de la proporcionalidad en el contenido esencial desborda, de esta forma, el

⁹⁴⁹ Recuerda MEDINA GUERRERO (M. *La vinculación negativa...* cit., p.145 y ss.) que la garantía del contenido esencial es el único *límite de los límites* expresamente previsto en el texto constitucional español (art. 53.1).

⁹⁵⁰ MÍGUEZ MACHO, Luis. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn” en *Revista de estudios políticos*, Nº 127, 2005, p. 349-354.

⁹⁵¹ RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. “El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional” en *Anales de la Facultad de Derecho*, Nº 13, 1996, p. 41-76.

⁹⁵² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. “PETER HÄBERLE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales” en *Teoría y realidad constitucional*, Nº 14, 2004, p. 554-560.

ámbito de las potestades limitadoras o restrictivas de derechos. Como admite JORDANO FRAGA, el *test* de proporcionalidad se revela como un mecanismo más adecuado para la identificación de vulneraciones de derechos fundamentales en supuestos donde sea necesario realizar una ponderación de bienes jurídicos constitucionales en conflicto⁹⁵³. Se ha de interpretar, como sostiene coherentemente el citado autor, de forma relativa la cláusula del contenido esencial en virtud del principio *favor libertatis* y la necesidad de éste derivado de la interpretación de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales.

En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional Español ha interpretado que el contenido esencial posee un doble canon de referencia, positivo y negativo. Con el primero, se acude a lo que se suele llamar naturaleza jurídica, estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizan las normas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas. El contenido esencial de un derecho subjetivo se compone de aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por así decirlo. Con el segundo, se busca de los intereses jurídicamente protegidos. Habla de una esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegido. Los dos caminos, afirma MEDINA GUERRERO, son complementarios, pues un derecho desprovisto de las facultades que lo identifican, no puede servir a los intereses y valores que su objeto en cuestión fue reconocido por el ordenamiento positivo⁹⁵⁴. Por otro lado, una limitación que frustre las finalidades que dan vida al derecho, vaciará de contenido el haz de facultades que son propias del derecho. De forma positiva, pues, se alega que el contenido esencial es un concepto jurídico indeterminado que constituye en límite infranqueable y que está compuesto por aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para la *afirmación* del

⁹⁵³ JORDANO FRAGA, Jesús. “La nulidad de los actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales susceptibles de amparo constitucional” en Revista Española de Derecho Administrativo, nº 90, 1996, p. 245-273.

⁹⁵⁴ MEDINA GUERRERO, M. *La vinculación negativa...* cit., p.145 y ss.

derecho fundamental, es decir, para que sea reconocido como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a ser comprendido en otro, desnaturalizándose⁹⁵⁵. De forma *negativa*, la garantía del contenido pretende que cuando el derecho queda sometido a limitaciones, éstas no lo conviertan en impracticable, dificultando su ejercicio más allá de lo razonable o despojando el derecho de su necesaria protección⁹⁵⁶.

En la STC 14/2003, el Tribunal Constitucional de España argumentó que “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido⁹⁵⁷, ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone⁹⁵⁸ y, en todo caso, ha de respetar su *contenido esencial*⁹⁵⁹ (...) de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del *principio de proporcionalidad*. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental *supera el juicio de proporcionalidad* es necesario constatar si cumplen los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)⁹⁶⁰”.

⁹⁵⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I. Núm. 3. Septiembre-diciembre 1981, p. 169-190.

⁹⁵⁶ STC 11/1981, de 8 de abril.

⁹⁵⁷ SSTC 61/1982, de 13 de octubre, FJ 5; 13/1985, de 31 de enero, FJ 2

⁹⁵⁸ STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7

⁹⁵⁹ SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; 196/1987, de 11 de diciembre, FFJJ 4 a 6; 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 137/1990, de 19 de julio, FJ 6; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6

⁹⁶⁰ SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.e; 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8; 186/2000, de 10 de julio, FJ 6.

Aplicando tal parámetro⁹⁶¹, prevalecería, sin duda, el real *interés público* frente al derecho a la propia imagen. Estimo que esta opción sería la más congruente, pues muchas veces se ilustran noticias con imágenes que, a pesar de haber una conexión lógica, no es del todo necesario que se utilice la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales del aspecto físico externo para tal fin, pues puede alcanzarse el objetivo informativo por otros medios igualmente idóneos.

2.9.2.3 El criterio *ratione personae*

Ahora bien, como he descrito anteriormente, es usual imponer restricciones al derecho a la propia imagen por razón de la persona, criterio al que en este trabajo se ha denominado *ratione personae*. De hecho, la notoriedad del sujeto retratado o la función o cargo público que ocupa la persona retratada pueden configurar un límite al derecho a la propia imagen⁹⁶². No obstante, la popularidad es algo puramente fáctico que consiste en el conocimiento y el interés que una persona suscita entre el común de la gente en un ámbito más o menos amplio y que no siempre se justifica en un elemento objetivo como el cargo público o la profesión de notoriedad. La popularidad, pues, implica necesariamente un sacrificio del alcance de reserva sobre la imagen y sobre los datos de la vida privada. Por eso, tales derechos se limitan, también, por razón de los sujetos⁹⁶³. Es cierto que es común clasificar algunos “personajes” que existen en la sociedad. Por ello, para referirme a tal *test* subjetivo, considero importante hacer un inicial distingo, como adecuadamente hace el Tribunal Constitucional Español, entre los sujetos sociales: a) *personajes públicos*, los que ostentan cargo o función pública⁹⁶⁴; b)

⁹⁶¹ Resalta CANOTILHO (J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais...cit.*, p. 202) que la moderna teoría del derecho propone otras teorías metódicas híbridas: 1) la distinción entre *principios y reglas* en el campo de los derechos fundamentales, 2) la indispensabilidad de la *ponderación de derechos y de bienes*, no conducible a la fijación de padrones teóricos abstractos.

⁹⁶² RUI BARBOSA: “Queiram ou não queiram, os que se consagram à vida pública até a sua vida particular deram paredes de vidro” (BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Ed. USP, 1990 en http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_AImprensa_eo_de_ver_da_verdade.pdf)

⁹⁶³ DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción. “El derecho a la propia imagen de los personajes públicos: algunas reflexiones a propósito de las 139/2001 (Caso Cortina) y 83/2002 (Caso Alcocer)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, n. 67, enero-abril de 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 285-315 (p. 304-305).

⁹⁶⁴ Personajes públicos: “los denominados ‘personajes públicos’, y en esa categoría deben incluirse, desde luego, las autoridades públicas, deben soportar, en su condición de tales, el que sus palabras y hechos se

personajes que poseen *notoriedad pública*, los que consiguen esta característica por circunstancias que así los hacen (no necesariamente ligadas a la profesión)⁹⁶⁵ y c) los *particulares*, los demás⁹⁶⁶.

En efecto, se ha de ser consciente de que también existe una restricción al derecho a la propia imagen relacionada al cargo o función pública que la persona está o es titular, pues, el que libremente decide irrumpir en la esfera política, renuncia de modo implícito su derecho a permanecer en el anonimato. Como afirma KHOLER, el que asume una función eminentemente política dentro del Estado, ha de estar convencido de que los demás “têm o interesse de ver, em imagem, aquelas personalidades que de algum modo se destacam e se tornam objeto das conversas (...) possa fazer (o povo) uma idéia nítida das pessoas que governam o Estado, que influem na História, que edificam a ciência e a técnica (...)”⁹⁶⁷. El principio democrático, por supuesto, posibilita el entendimiento de la relación intrínseca y necesaria que existe entre la *función pública* de dichos personajes y la efectiva actuación del carácter informativo transparente. Cabe argumentar que esta menor protección a las personas de proyección pública es una consecuencia lógica del ejercicio de las funciones que estos “personajes” desempeñan. Por ello, es usual afirmar de que el derecho a la propia imagen de los personajes públicos se ve limitado por el interés público, siempre y cuando la representación

vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos” (STC 192/1999, FJ 7º).

⁹⁶⁵ Personajes de notoriedad pública: “Estos personajes con notoriedad pública asumen un riesgo frente a aquellas informaciones, críticas u opiniones que pueden ser molestas o hirientes, no por ser en puridad personajes públicos, categoría que ha de reservarse únicamente para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público [...] sino porque su notoriedad pública se alcanza por ser ellos mismos quienes exponen al conocimiento de terceros su actividad profesional o su vida particular.” (STC 134/1999).

⁹⁶⁶ Informa MEDINA GUERRERO (M. *La protección constitucional...* cit., p. 145 y ss.) que el Alto Tribunal Español se ha inclinado por atribuir la denominación de *personajes públicos* a los que ostentan un cargo o desempeñan una función pública, reconviniendo a los restantes a la menos perfilada condición de *personajes que poseen notoriedad pública*. Este es el mensaje de la STC 134/1999 (FJ 7º) la cual argumenta que “*personajes públicos* es una categoría que ha de reservarse únicamente para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, en el sentido de que su conducta, su imagen, sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos, que tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1d) C.E., a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre”. Y que la STC 99/2002 define que los personajes que poseen notoriedad pública son “aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de relevancia pública”.

⁹⁶⁷ KHOLER, Josef. “A própria imagem no direito”...cit., p. 50-67.

gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo divulgada posea una *conexión lógica y directa* con los cargos y funciones del retratado, además de ser necesaria para revelar cuál es la verdadera aptitud para desempeñar las funciones públicas, lo que en otras palabras traduce la relevancia pública del hecho noticiado. Y ello porque “do ponto de vista jurídico-constitucional, se existe um interesse público legítimo na exposição de factos ou na formulação de juízos de valor relacionados com o exercício de funções públicas, ela deve ser feita de forma aberta e desinibida. Se, entretanto, violarem dimensões pessoais e privadas da esfera jurídica individual dos titulares de funções públicas, serão acauteladas através da ponderação com o interesse público⁹⁶⁸”. En otras palabras, será, en principio, lícita la exposición de la imagen de una persona pública en el ejercicio de sus funciones, dentro del contexto informativo de las actividades correspondientes al cargo o profesión que ejerce y *si necesaria* para la transmisión de la información. No hay, en verdad, en estos supuestos grandes divergencias cuando se razona respecto a la utilización de la imagen de los personajes públicos, y la lógica jurídica en este trabajo defendida también se aplica a tal supuesto. La divulgación de la imagen únicamente será legítima, de este modo, en la medida que satisfaga el objetivo de dar al pueblo información sobre la actividad funcional del retratado, además de ser necesaria la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo para la finalidad de la información⁹⁶⁹. No obstante, es oportuno precisar que el hecho de que el individuo ejerza un cargo público no implica una supresión absoluta de su inviolabilidad personal, dentro de la cual está inserto el bien de la imagen. Se ha de diferenciar, por tanto, entre la noticia que se destina a una legítima formación de la opinión pública y la información que satisface en exclusiva, e indebidamente, la curiosidad *del público*⁹⁷⁰.

Para los personajes de notoriedad pública, cabe observar que lo que caracteriza tal notoriedad es el hecho de que la persona sea conocida por la mayoría de los individuos en un determinado ambiente, el cual puede tener diámetro internacional,

⁹⁶⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*:... cit., p. 817.

⁹⁶⁹ KHOLER, Josef. “A própria imagem no direito”...cit., p. 54.

⁹⁷⁰ REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação*... cit., p. 42.

nacional, regional o local⁹⁷¹. Como apunta MEDINA GUERRERO, en Alemania se hace una interesante distinción entre el personaje de actualidad absoluto y el personaje de actualidad relativo⁹⁷². El primero comprende las personas que no han atraído al público por un determinado acontecimiento de la actualidad, sino que, con independencia de concretos acontecimientos, despiertan la atención pública general por su status y su relevancia. El segundo personaje se identifica con los simples particulares que se ven involucrados en asuntos públicamente relevantes. Podría incluirse en estos casos, la persona que alcanza notoriedad momentánea, por participar de hechos públicamente relevantes, de desastres naturales o de cualquier otra circunstancia importante, que la introduzca como imprescindible para la información. Se ha de convenir que ésta clasificación tiene una lógica fáctica, ratificando el cauce del criterio *ratione materiae* para definir si es fundada la restricción a la imagen de los personajes de actualidad relativo. Sin embargo, es cierto, pues, que es posible que se use la imagen de una persona notoria sin su consentimiento, pero esta exposición ha de ser estimada legítima, igualmente, siempre y cuando la exigencia de la relevancia pública de la información se haga presente. La utilización de la imagen de una persona notoria debe contribuir a un debate de interés general para la sociedad, la información en que se basa la ilustración de la imagen debe tener como objetivo un enriquecimiento personal del informado, de cara a su participación en la vida social, y versar sobre materias que constituyen un interés de la sociedad en su conjunto⁹⁷³. En este sentido, DINIZ afirma que “(...) a pessoa que se torna de interesse público pela fama ou significação intelectual, moral, artística, técnica ou política não poderá alegar ofensa ao seu direito à imagem, se sua divulgação estiver ligada à ciência, às letras, à moral, à arte, à técnica ou à política. Isto é assim, porque a difusão de sua imagem, sem seu consenso, deverá estar relacionada com sua atividade ou com o direito à informação⁹⁷⁴”. CHAVES coincide con este razonamiento, al plantear que la divulgación del retrato de las personas notorias será libre cuando justificada por la notoriedad, justificación que impone restricciones al interés privado a favor del interés público y no de otros particulares⁹⁷⁵. Entiendo, no obstante, que debe aplicarse el mismo razonamiento a la categoría de los personajes

⁹⁷¹ GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)” en *Nueva Enciclopedia...* cit., p. 351.

⁹⁷² MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad...* cit., p.142.

⁹⁷³ LÓPEZ DÍAZ, E. *El derecho al honor y el derecho...* cit., p. 288.

⁹⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. “Direito à imagem e a sua tutela”... cit., p.99.

⁹⁷⁵ CHAVES, Antônio. “Direito a própria imagem”...cit, p.61.

públicos, es decir, se exige la existencia de una *conexión lógica* entre el dato divulgado y la actividad profesional de que se trate, además de ser *necesaria* la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo para la finalidad de la información. Ello se justifica en que la protección jurídica de la imagen del personaje notorio existe más allá de ese ámbito profesional abierto al conocimiento de los demás, y, por tanto, el derecho a la propia imagen que la protege no puede verse atenuado fuera de ese ámbito.

Sin embargo, dentro de la categoría de personajes de notoriedad pública también se encuentran los que son simplemente famosos *per se*, no desarrollan una actividad profesional notoria propiamente dicha y habitualmente difunden hechos y acontecimientos de su vida. No se efectúa, *in casu*, el *test subjetivo*, como bien destaca MEDINA GUERRERO, pues en la medida en que no poseen una profesión, no hay como indicar una conexión lógica entre la información y su actividad profesional⁹⁷⁶. El riesgo asumido por este tipo de personas notorias significa que no ha de imponerse la cobertura constitucional del derecho a la propia imagen, cuando se está delante de una información hecha pública, de forma manifiestamente voluntaria, por el propio afectado⁹⁷⁷. Se debe admitir que en este caso existe un *consentimiento tolerante* o, en algunos casos, incluso *autorizante* para que se use la imagen del famoso(a) para acompañar la noticia que el propio titular, voluntariamente, ha ofertado. No obstante, este razonamiento no significa que el derecho a la propia imagen o la inviolabilidad personal de los “famosos” siempre tenga que claudicar ante *cualquier* información que les afecte. Ese personaje es, a todos los efectos, una persona como otra cualquiera, que podrá hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a las opiniones, críticas o informaciones lesivas que ultrapasen la licitud. Por ello, únicamente se ha de estimarse constitucionalmente legítima la información veraz que verse sobre la persona notoria que esté lógicamente vinculada a la circunstancia que le convirtió públicamente relevante: la notoriedad. En otras palabras, será legítimo que se ilustre una información con representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales del aspecto físico externo de una persona notoria, cuando el hecho en que se basa la noticia veraz verse sobre la profesión o circunstancia que la confirió notoriedad,

⁹⁷⁶ MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad ...* cit., p.153.

⁹⁷⁷ STC Español 134/1999 FJ7

además de ser necesario el uso de la imagen para el objetivo de la información. Por ello, comparto la postura de GITRAMA GONZÁLEZ, que entiende que será lícita la divulgación de la imagen de una persona notoriedad en el círculo ambiental en el cual tenga esta notoriedad⁹⁷⁸.

En suma, para realizar el *test* subjetivo de restricción al derecho a la propia imagen de los personajes públicos en sentido estricto, se ha de comprobar si la imagen utilizada está relacionada con el cargo o función que desempeña y si es, también, necesaria y proporcionalmente legítima para ilustrar la noticia. Sobre los personajes de notoriedad pública, ha de aplicarse el mismo argumento, se hace menester razonar si es necesario el uso visual de la imagen en la información y si ésta se conecta lógicamente con la actividad profesional, o, de otra parte, con los datos que previamente hayan sido difundidos de forma voluntaria por el personaje *famoso*. Re caerá sobre ellos, pues, cuando aleguen la prevalencia de su derecho a la propia imagen, aclarar que los datos publicados no tienen relación con el cargo o función, o con lo que libremente han difundido con anterioridad, y que no era necesaria, ni tampoco proporcional, la ilustración de la noticia con la representación gráfica de las evocaciones o expresiones visibles del aspecto físico externo de su figura humana. Lo determinante es la circunstancia que concedió publicidad o notoriedad al sujeto, de modo que la finalidad de la publicación de la imagen de tal persona ha de ser congruente con la satisfacción de las exigencias de la información públicamente relevante. Si la publicación de la imagen de la persona obedece a fines distintos de los legítimos de satisfacer la exigencia de relevancia pública de la información, la notoriedad o popularidad deja de ser una justificación del acto en sí, para pasar a ser simplemente un medio ilícito destinado a la consecución de otro fin inferior⁹⁷⁹.

Debe, pues, concluirse que las restricciones del derecho a la propia imagen se justifican por la preponderancia del interés público sobre el derecho individual del titular. Es forzoso reconocer que el elemento subjetivo surge como una directriz para identificar cuándo está configurado un ejercicio constitucionalmente legítimo de la libertad de información, pues la posición política y social del sujeto afectado por la

⁹⁷⁸ GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)” en *Nueva Enciclopedia...* cit., p. 351.

⁹⁷⁹ ESTRADA ALONSO, E. “El derecho a la imagen en la Ley...” cit., p. 371-372.

información cuestionada, o incluso su propia actitud, no puede dejar de incidir en el modo en que se resuelve tal tipo de conflicto. No obstante, cuando esté involucrado un personaje públicamente conocido, este hecho, por sí solo, no pasa de ser otro elemento más a tener en cuenta al ponderar todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto⁹⁸⁰. La constitucionalidad de la publicación de una imagen no consentida depende, en mi opinión, *fundamentalmente*, de la cualidad de la información difundida. La eficacia del criterio *ratione personae* como límite del derecho a la propia imagen también se aplica, en cierta forma, a quien carece o no de la condición de notoriedad⁹⁸¹. Lo que quizás ha de ser el discrimen entre los distintos tipos de “personajes” es la regla presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español del reparto de la carga de la prueba que, como aclara MEDINA GUERRERO, a diferencia de lo que acontece cuando el afectado por la información es un particular, sobre los personajes públicos y de notoriedad pública recae la carga de demostrar que los datos publicados no tienen relación con el cargo o función, o con lo que libremente han difundido con anterioridad⁹⁸². Tal razonamiento parte de la distinción entre personas públicas, personas notorias y personas privadas pues, en cierto modo, es innegable que los particulares son más sensibles a una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen. Y ello por cuanto no tienen las mismas posibilidades de acceder a los medios de comunicación para contrarrestar lo que se ha difundido sobre ellos, y porque no toleran voluntariamente el riesgo de someterse a una inspección por parte de la opinión pública. En el caso de las personas sin proyección pública, la licitud de la conducta intromisiva en el derecho a la propia imagen se refiere a la información gráfica de un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria, como ya se ha comentado en el apartado que he definido lo que el derecho a la propia imagen protege⁹⁸³. La imagen accesoria presenta una gran variedad de supuestos que irremediablemente traen consigo la imposibilidad material de recabar la autorización de todas las personas que, accesoria y accidentalmente, aparecen en las imágenes que sostienen la información gráfica de un suceso. Únicamente, en estos casos la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona no

⁹⁸⁰ MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad...* cit., p.164-165.

⁹⁸¹ STC Español 83/2002, FJ 5.

⁹⁸² MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad...* cit., p.155.

⁹⁸³ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.2

constituirá intromisión ilegítima, cuando ésta sea meramente accesorio, es decir dependiente de la principal o unida a ella por accidente. Se veda cualquier intento de individualización de dicha imagen, mediante círculos, aumento, destaque o cualquier otro medio que provoque la transformación de algo accesorio en destacadamente protagonista o principal⁹⁸⁴. Aparte de estas situaciones extremas la protección constitucional del derecho a la propia imagen de la persona que no goza de notoriedad, o que no ejerce una función pública de destaque, tendrá que obedecer al mismo parámetro de la conexión lógica con el hecho públicamente relevante del cual ella participa, y habrá de ser necesaria la ilustración de la imagen de la persona “privada” para la información veraz.

2.9.2.4 El criterio *ratione loci*

El otro criterio invocado para medir la relevancia pública de la restricción al derecho a la propia imagen es que el titular esté en un lugar público⁹⁸⁵ (*ratione loci*), lo que no distingue entre los tipos de personajes (público, notorio o privado) para que surta sus supuestos efectos. En esta hipótesis, por estar presente el sujeto en un local público, rige la regla de que, implícitamente, se está autorizando la licitud de la captación, reproducción y publicación de su imagen. Del mismo modo que las personas públicas (*latu sensu*) toleran la exposición de su imagen como consecuencia de su popularidad, se deduce un consentimiento tácito del uso de la imagen de los que participan en

⁹⁸⁴ ROVIRA SUERIO, Ma. E. *La responsabilidad civil derivada ...* cit., p. 178.

⁹⁸⁵ Hace CHAMBEL (Élia Marina Pereira. “A videovigilância e o direito à imagem”...cit., p. 510-511) una buena distinción entre local público y local privado. Según la autora los locales públicos pueden ser definidos, en regla, como el espacio libre en que cualquier individuo podrá circular con libertad. Suelen ser divididos los locales de dominio público en: 1) Locales de Utilización Común: son todos los locales públicos libres de circulación, sin cualquier tipo de restricción personal, en que las personas pueden circular siempre que les apetezcan sin necesidad de justificar su conducta, desde que no practiquen ilícitos; 2) Locales de Utilización Condicionada: pueden ser utilizados por cualquier persona, mas mediante determinadas restricciones, o sea, sólo tendrán acceso quienes se someteren a determinadas condiciones, que hacen parte del cotidiano; y 3) Locales de Utilización Restringida o Reservada: encierran en sí una dimensión restringida del utilizador, como por ejemplo, el gabinete de un ministro de Estado. De otra parte, el local privado está vedado al público en general. Es particular, individual o pertenente a un grupo restringido. Pueden ser divididos los locales de dominio privado entre: 1) Locales Privados de Libre Acceso al Público: a pesar de ser local privado, todas las personas pueden adentrar, mas su permanencia estará supeditada a las condicionantes de estos locales, siendo únicamente posible mediante un periodo pre-establecido (shopping center); 2) Locales Privados de Acceso Condicionado: sólo será permitida la circulación mediante el respeto a las condiciones; precio mínimo, modo de vestir (Discoteca, Restaurante, Gimnasio, etc...); 3) Locales de Dominio Privado de Acceso Restringido, que son los locales de total impedimento de entrada al público, de privacidad máxima (residencia, bufete particular, etc).

acontecimientos o ceremonias de interés público. La idea de tal criterio se basa en el fundamento de que si la figura de la persona constituye uno de los elementos integrantes de estos hechos, ello origina una necesidad de orden material para la restricción del derecho a la propia imagen⁹⁸⁶. Se afirma que cuando alguien es fotografiado o televisado en local público, está consintiendo dicha reproducción, que pasa a pertenecer e ilustrar el acontecimiento público. Si la imagen se utiliza, pues, para la información, no se hace, en estos casos, una ofensa a tal bien de la personalidad. Por eso resulta legítima, por estar razonablemente motivada, la utilización no autorizada de la imagen de una persona. En cambio, si posteriormente se usa la imagen para fines de marketing, publicidad o propaganda, desviando, pues, su finalidad, habrá una evidente vulneración que podrá ser reclamada⁹⁸⁷.

Sin embargo, a mi juicio, carece de lógica conferir legitimidad a la representación de la imagen de una persona (pública, notoria o privada) sólo por el hecho de que se está transitando en un local público. Aunque el individuo se encuentre en lugares públicos, deberá usarse su imagen como protagonista de la toma fotográfica únicamente cuando despierte un real y necesario interés para la colectividad. Debe, pues, existir una conexión lógico-material entre la divulgación de la imagen de la persona y un acontecimiento público relevante, además ser necesario el uso de la representación gráfica de la figura humana para conformación de la noticia. Si no se examina críticamente el criterio *ratione loci* o *espacial*, se reduce no sólo el derecho a la propia imagen, sino también la inviolabilidad personal al ámbito de los hogares⁹⁸⁸. La protección constitucional otorgada por el Estado no presupone que el ser humano desarrolle su personalidad exclusivamente en el interior de su domicilio; al revés, la persona ha de tener un mínimo de libertad espacial para que sea materializada su *dignidad*, y por ello se habla de *libre* desarrollo de la personalidad. Es cierto que la libertad de unos ha de respetar la de los otros, es decir, la autonomía individual obligatoriamente debe conocer límites, pero, la intervención estatal en el derecho a la propia imagen de una persona sólo se justifica si existiera un manifiesto daño a tercero o

⁹⁸⁶ BERTI, *Direito à própria imagem...*cit., p. 62.

⁹⁸⁷ PASCUAL MEDRANO, A. Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen...*cit., p. 125 y ss.

⁹⁸⁸ *Íd.*, p. 148-149.

cuando sea imprescindiblemente relevante para los valores de la sociedad⁹⁸⁹. No sólo el derecho a la propia imagen, sino todos los demás derechos de la personalidad pueden verse restringidos ante los reclamos del interés público, siempre y cuando con ello se fomente un real debate de interés social. Únicamente en este contexto, es decir, con una finalidad idónea, necesaria y proporcional, son lícitas tales restricciones al derecho a la propia imagen. Si prevaleciera el criterio *ratione loci* sin esta vinculación al interés público, la persona se entregaría a la soledad, al ensimismamiento y al autoconfinamiento personal. Entender constitucionalmente legítima y preponderante la restricción *ratione loci* sin la conexión lógica y necesaria con el interés público, significaría posicionarse, en efecto, en contra de las implicaciones y proyecciones intersubjetivas que la persona humana, invariablemente, necesita para vivir⁹⁹⁰. La democracia y la dignidad de la persona humana imponen que el Estado Constitucional garantice al individuo un *dinamismo* vital para que viva su libertad personal y desarrolle libremente su personalidad esté donde esté, pues el hecho de que las personas están obligadas a vivir en una sociedad no implica renunciar *in totum* a su libertad de transitar⁹⁹¹. En este sentido, se hace necesaria una tutela eficaz contra el sensacionalismo y la curiosidad⁹⁹².

Este fue el entendimiento establecido por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en la sentencia Von Hannover V. Germany, 24 June 2004, Third Section, *Application no. 59320/00*⁹⁹³. En síntesis, con coherencia y acierto, el mencionado Tribunal entendió que también en lugares públicos, cuando la persona busca una reserva (y no una exposición), debe ser respetado el derecho a la propia imagen porque “(...) As

⁹⁸⁹ ABREU, Luis Vasconcelos. “Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular: o caso do *big brother*” em *Revista do Ministério Público*, Ano 26, Jan-Mar 2005, n° 101, p.113-118.

⁹⁹⁰ Utilizando las adecuadas palabras que PÉREZ LUÑO suele usar en sus siempre relevantes trabajos académicos.

⁹⁹¹ La irrazonabilidad del criterio espacial es comentada por los autores que escriben sobre la intimidad. Este derecho no se refiere a un sujeto concreto localizado en un espacio físico determinado, pues el derecho a la intimidad también acompaña a la persona independientemente del lugar donde ella se encuentre. En este sentido: MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada...cit., p.58; ALCARAZ, Hubert. “El derecho a la intimidad em Francia... cit., p. 10.

⁹⁹² ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal...cit., p. 91.*

⁹⁹³ No obstante el debate la jurisprudencia del TEDH no hacer parte del objeto de la tesis, esta sentencia ha sido un parámetro de interpretación para los Tribunales de España y Portugal, además de tener congruencia con los planteamientos que he desarrollado en toda la investigación.

in other similar cases it has examined, the Court considers that the *publication of the photos and articles* in question, of which the sole purpose was to *satisfy the curiosity* of a particular readership regarding the details of the applicant's private life, *cannot be deemed to contribute to any debate of general interest to society* despite the applicant being known to the public (...)The decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the *published photos and articles make to a debate of general interest.*” En esta misma línea, ROYO JARA considera que, en principio, las personas conocidas del público tienen la misma vida privada que las demás, y por consiguiente, ninguna imagen privada puede ser reproducida, aunque se obtenga en público⁹⁹⁴.

Efectivamente, es la circunstancia fáctica, el hecho, en definitiva, y no el lugar o la persona en sí misma, lo que determina y delimita, decisivamente, los contornos de lo privado. La imagen no debe desvincularse de la relevancia pública del *hecho* por el cual se la captó, pues esta segregación conllevaría a una desfiguración del interés público que legitima el uso no consentido de la imagen. Ello, pues, comportaría una consiguiente desviación del fin para el cual se restringió el derecho a la propia imagen, convirtiendo en inconstitucional el uso no consentido de la representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura humana de una persona captada en el acontecimiento público. En el mismo sentido, informa DE LA IGLESIA CHAMARRO que, en las sentencias 139/2001 y 83/2002, el Tribunal Constitucional de España traza y sostiene una nueva forma de entender el criterio *ratione loci*⁹⁹⁵. Resulta irrelevante la proyección pública del personaje y el lugar abierto al público, pues lo determinante es la ilegitimidad de la intromisión, es la naturaleza privada de las fotografías junto con la obtención ilícita de las mismas. El Alto Tribunal Español, con tales sentencias, difumina, pues, la barrera entre personajes públicos y privados, al hacer depender de la voluntad del sujeto el acotamiento de la reserva. La publicidad derivada de la actividad profesional no le priva a la persona de mantener un ámbito de reserva sobre el resto de los aspectos no conectados con esta actividad. Corresponde al sujeto afectado la

⁹⁹⁴ ROYO JARA, *op. cit.*, p. 74-5.

⁹⁹⁵ DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción. “El derecho a la propia imagen de los personajes públicos... *cit.*, p. 305-307.

delimitación del alcance de la reserva de dicho plano, aquel desvinculado de la actividad y que dota al personaje de popularidad. En definitiva, se desdibuja la línea de separación entre personajes públicos y privados, con respecto a los derechos de la personalidad, pues es al sujeto a quien corresponde trazar la línea del ámbito de reserva, pero no en cada caso, sino con la actitud que mantiene ordinariamente. El límite depende de la voluntad y la conducta observada con carácter habitual por el sujeto, y por el grado de limitación ordinario que consiente, o incluso busca. Este criterio permite distinguir y ponderar el alcance de los derechos implicados, evitando un sacrificio excesivo cuando se está ante personajes públicos, que mantienen reservada su vida fuera de aquella actividad que le da popularidad. Si el individuo está practicando actividades meramente privadas, sin relevancia ni interés público alguno, el hecho de encontrarse en un lugar abierto al público no justifica, desde un punto de vista constitucional, un sacrificio idóneo, necesario y proporcional del derecho fundamental a la propia imagen⁹⁹⁶.

Por ello, considero que resulta irrazonable que se legitimara una publicación no consentida de la representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo de una persona humana por el simple hecho de que el titular está en un local público. El rechazo de esta tesis tiene su fundamento en que para que se viva en una democracia representativa efectiva es menester que los ciudadanos se relacionen y participen de los asuntos públicos. En este sentido, “o princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo⁹⁹⁷”. El ser humano, forzosamente, ha de actuar e integrarse con sus semejantes en locales públicos, a la vista de todos. No sólo el individuo ha de estar en lugares públicos para dialogar con sus conciudadanos, sino también para vigilar y observar lo que sus representantes están realizando. El Estado no puede reducir la tutela jurídica de los derechos de la personalidad al momento en que ésta se encuentra aislada. La inviolabilidad personal y, por consiguiente, el derecho a la propia imagen, también habrán de estar protegidos en los lugares abiertos al público, en los cuales el individuo, inexcusablemente, ha de transitar por exigencias democráticas. En otras palabras, la protección constitucional del derecho a la propia imagen también habrá de surtir sus efectos en los locales en los que el individuo se mueve, por ser tal garantía una

⁹⁹⁶ PASCUAL MEDRANO, A. Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 125 y ss.

⁹⁹⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, Sao Paulo, 2007, p. 141.

exigencia de la dinámica de la *democracia*. Como decía Tucídides, al pronunciarse sobre la democracia ateniense, que “O regime que nós seguimos não inveja as leis dos nossos vizinhos, pois temos mais de paradigma para os outros do que seus imitadores. O seu nome é democracia (...) Participamos livremente na administração dos assuntos públicos, mas não escrutinamos com curiosidade e suspeição a vida particular dos nossos concidadãos, não os censuramos se fazem alguma coisa a seu bel-prazer, nem lhes lançamos aqueles olhares de censura que, mesmo quando não ferem, estigmatizam⁹⁹⁸”. Lo relevante no es tanto el lugar físico donde se realizan los actos, sino el interés público que tal suceso posee. Que el acto sea público o se celebre en un lugar público puede ser circunstancial, pero no es, en absoluto, decisivo, pues habrá hechos desarrollados en público que sólo poseen un interés privado, de modo que no estará justificada la utilización no consentida de la imagen ajena⁹⁹⁹.

2.9.2.5 Algunos supuestos de aplicación práctica de estos tres criterios

El principal ejemplo que cabría aquí mencionar es el conflicto entre el derecho a la propia imagen y la investigación estatal. Entiendo, dado el contexto analizado, que la divulgación de la foto de un sospechoso sólo es lícita cuando está inexcusablemente ligada al delito cometido y cuando realmente es necesaria para las exigencias investigadoras, pues “quem estiver sendo procurado pela polícia em razão da prática de um delito não poderá reclamar da ampla divulgação de sua foto, porque está em primeiro lugar a prevenção contra o crime, a preservação do bem-estar do povo e a segurança pública¹⁰⁰⁰”. La restricción del derecho a la propia imagen es legítima para garantizar la armónica convivencia social cuando se protege la seguridad pública, esto es, cuando se publica la imagen de un individuo que pone en riesgo la seguridad nacional (pública) o la administración de la justicia o el mantenimiento del orden público. No se ha de considerar tal supuesto una intromisión desproporcional en el derecho individual de su titular. Este hecho no puede ser considerado ilegítimo, pues el interés del individuo no prevalece sobre el interés social, corroborando que el derecho individual a la propia imagen se limita en favor de la necesidad de protección social. Sin

⁹⁹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal...*cit., p. 91.

⁹⁹⁹ ESTRADA ALONSO, E. “El derecho a la imagen en la Ley... cit., p. 372.

¹⁰⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. “Direito à imagem e a sua tutela”...cit., p. 79-106.

embargo, como resalta FERNANDES, el “ritual judiciário comporta momentos de luz e momentos de sombra: enquanto, no julgamento, se exigem a claridade e a transparência, já no inquérito é o segredo que prevalece. Não obstante, não é o julgamento que atrai os meios de comunicação; é antes, o inquérito que desperta as atenções e produz os títulos de caixa-alta. (...) É desta fase que se extraem verdadeiras ou hipotéticas indignidades escondidas ou baixeiras não imaginadas, amarrando-se o suspeito ao mais moderno, mas não menos cruel, dos pelourinhos. É aqui, muitas vezes, que se julga em definitivo, sem direitos nem garantias de defesa, por interposição dos *media*. A situação reveste-se de aspectos de maior melindre quando é a própria comunicação social que, antecipando-se ao inquérito, como que induz a sua abertura, elaborando o que virá a ser o auto de notícia¹⁰⁰¹”. Se ha de recordar que, como se trata de una fase puramente investigadora, en la que prevalece el *principio inquisitorio*, sin la democrática amplia defensa, no se está delante de una *acusación judicial formal*. Mejor sería, pues, preservar la imagen de este presunto sospechoso si esta divulgación no es imprescindible, porque, *a posteriori*, puede que no sea demandado en juicio o, incluso, considerado inocente por el Estado¹⁰⁰². La propia palabra sospechoso, efectivamente, suscita un margen de dudas, incertidumbres, inseguridades, equívocos y susceptibilidades¹⁰⁰³. Esta idea de sospecha depende, igualmente, de cómo la prensa publica la noticia¹⁰⁰⁴. Hay innumerables casos de previos “juicios populares” provocados por el modo de informar a la sociedad. El

¹⁰⁰¹ FERNANDES, José Manuel de Matos. “Justiça e Comunicação Social” em *Estudos de Direito da Comunicação*, António Pinto Monteiro (coord.), Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002, p.11-17.

¹⁰⁰² LIMA (Arnaldo Siqueira de. “O direito à imagem” em *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 792, outubro de 2001, Primeira Seção, p. 451-463) resalta que “o interesse público não pode servir de manto aos excessos da imprensa sensacionalista, que, levada pelo clamor, às vezes de uma pequena parcela da crítica popular, transforma noticiário em palco de execração, ferindo de morte não só a imagem da pessoa, mas a própria sociedade, que busca o tempo todo princípios éticos e justos para todos”.

¹⁰⁰³ FARIAS (Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 156) defiende un posicionamiento congruente a este respecto alegando que cuando se publica la imagen de personas involucradas en prácticas delictivas se configura una tolerancia o incluso una participación de la autoridad policial (acción u omisión). Podrían los funcionarios públicos responsables cometiendo un crimen de abuso de autoridad. La idea guarda su lógica, pues cuando se somete una persona que está bajo la custodia estatal a una vulneración de derechos, aunque se configure la responsabilidad objetiva del Estado, igualmente deberá responder el responsable indirecto, el cual tiene la delegación del poder estatal. Pero tal posibilidad ha de ser discutida en el Derecho Administrativo y en Derecho Procesal.

¹⁰⁰⁴ Como ya afirmaba KHOLER (Josef. “A própria imagem no direito” (trad. Walter Moraes) *in*:...cit., p. 58) “é discutível que se possa fotografar indiscriminadamente as pessoas e difundir-lhes a imagem, tanto quanto é discutível que se possa apreender as pessoas e seqüestrar-lhes as cartas. É um erro sistemático incluir tais casos entre aqueles em que a norma da inviolabilidade do direito de personalidade conduz à questão da licitude da publicação da imagem”.

principio constitucional de la presunción de inocencia queda afectado¹⁰⁰⁵. Y normalmente lo que resulta de las acusaciones de la prensa es una presunción de culpa, no de inocencia. No obstante, excluyendo las situaciones y los hechos relacionados con el crimen, no veo lícita la publicación de la fotografía de un sospechoso en fase de investigación policial (o parlamentaria), por ejemplo. Se ha de hacer una distinción: una situación es la búsqueda policial para hallar un potencial sospechoso, el cual puede poner en riesgo el orden público (*latu sensu*)¹⁰⁰⁶ y otra bien distinta es la posterior y

¹⁰⁰⁵ En cualquier proceso siempre existirá, de modo inexorable, una dimensión moral. La decisión de un conflicto por vía judicial es una decisión del Estado sobre el comportamiento de uno o varios de los miembros de la sociedad. Si este juicio no es imparcial, entonces se inflige a uno de los miembros de la estructura social un daño moral. El daño que se le causa a un ciudadano en caso de condena injusta es grave, en cualquier tipo de procesos, pero el daño más grave se produce cuando un ciudadano inocente es condenado como autor de un delito. Esta es la razón por la que la presunción de inocencia es una garantía específica del proceso penal y no de todo tipo de procesos. El fundamento de la presunción de inocencia no es jurídico, sino ético. Si fuera jurídico, sería una garantía común a todo tipo de procesos. La presunción de inocencia se revela como una convicción ética de que la condena de un inocente es peor que la absolución de un culpable. De esta convicción ética, de naturaleza pre-jurídica, es de la que arranca la decisión político-constitucional de convertir la presunción de inocencia en un derecho fundamental, pues más vale un culpable absuelto que un inocente condenado. La culpabilidad tiene que ser demostrada más allá de toda duda razonable a través de una actividad probatoria de cargo. Ahora bien, una vez que la convicción ética de naturaleza pre jurídica ha sido constitucionalizada, la presunción de inocencia se convierte en un derecho fundamental, que impone al tribunal en el proceso penal una obligación que va más allá de la que le imponía el principio *in dubio pro reo*, pues, una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*), para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata (STC 31/1981, FJ2º). El principio *in dubio pro reo*, precisamente por quedar en el ámbito judicial, carece de relevancia constitucional y no puede ser confundido con la presunción de inocencia, aun cuando guarde con ella una cierta relación como criterio auxiliar (STC 138/1992, FJ 2ª).

¹⁰⁰⁶ El art. 312 del Código de Proceso Penal de Brasil plantea que “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. En España los artículos 502 a 519 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen las circunstancias requeridas para poder decretar prisión preventiva: existencia de un hecho con caracteres de delito, cuya pena señalada sea superior a prisión menor (seis meses y un día a seis años) o que, aún siendo igual o inferior su duración, se considere necesaria su aplicación por los antecedentes del imputado, circunstancias del hecho, alarma social provocada, frecuencia de hechos análogos y existencia de motivos suficientes en la causa para creer responsable del supuesto delito a la persona contra quien se dicta la medida. Procederá también cuando el inculpado no hubiera comparecido sin motivo legítimo al primer llamamiento del Juez o Tribunal. El art. 202 del Código de Proceso Penal de Portugal dispone que “1 - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva quando: a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos; b) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos; ou c) Se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão. 2 - Mostrando-se que o arguido a sujeitar a prisão preventiva sofre de anomalia psíquica, o juiz pode impor, ouvido o defensor e, sempre que possível, um familiar, que, enquanto a anomalia persistir, em vez da prisão tenha lugar internamento preventivo em hospital psiquiátrico ou outro estabelecimento análogo adequado, adoptando as cautelas necessárias para prevenir os perigos de fuga e de cometimento de novos crimes”.

reiterada utilización de su imagen en la fase de investigación policial. En esta última situación, la publicación, hecha para información del público, puede resultar en un juicio popular anticipado y el (simple) acusado queda a merced de las represalias sensacionalistas, a veces, cristalinamente infundadas¹⁰⁰⁷. En este contexto, se ha de convenir que la identificación del *autor del delito* debe generalmente considerarse un ejercicio legítimo de la libertad de información, en cambio, se modifica este canon de interpretación cuando la información discurre sobre *meros sospechosos* de la comisión de delitos, debiendo sólo permitirse, excepcionalmente, su identificación y la publicación de su imagen cuando estrictamente necesarias¹⁰⁰⁸. Una solución *proporcional* para estas circunstancias, que ya bastaría para la satisfacción de la identificación del supuesto acusado, consideradas las circunstancias atinentes, sería informar inicialmente el *nombre* del sospechoso en fase de investigación policial y no publicar reiteradamente su imagen. Ya se han analizado las diferencias entre la fuerza de comunicación de la imagen (visual cognitiva) y del nombre, y, de modo que entiendo más razonable esta opción¹⁰⁰⁹.

A la luz de estas consideraciones, DUVAL ha defendido el “direito ao esquecimento” del condenado¹⁰¹⁰. El autor relata que “absolvido e/ou condenado, o criminoso fica marcado, mas, tendo cumprido a pena para com a sociedade ofendida, ele se reintegra no convívio social, quando lhe nasce o *direito ao esquecimento* de seu

¹⁰⁰⁷ Sostiene RSTON (Sergio Martins. “Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória” em *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova série, Ano 7, nº 14, julho-dezembro – 2004, Editora Revista dos Tribunais, p. 91-105) que “a divulgação de fotografias de pessoas suspeitas da prática de crimes pela imprensa, algumas vezes sem o devido cuidado, haja vista que nem sempre a mera presunção se confirma, resulta na possibilidade de ofendido, que teve violado o seu direito à imagem, pleitear do veículo de comunicação uma indenização, além dos danos morais e materiais”.

¹⁰⁰⁸ En la STC Español 14/2003 se afirma que “se reviste relevancia e interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo” y más tarde haciendo una diferencia sustantiva entre el *sopechoso* y el *acusado* adicta que “bastaba con hacerle saber a la persona huida que estaba identificaba, que se la estaba buscando y que se encontraban detenidas las otras dos personas implicadas en los hechos investigados, extremos éstos que figuraban en la nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid a los medios de comunicación, pudiendo justificar también la pretendida colaboración ciudadana para su detención la difusión de la fotografía de la persona huida, pero no la de quien, como el demandante de amparo, se encontraba ya detenido, pues nada aportaba a la finalidad perseguida”.

¹⁰⁰⁹ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.3

¹⁰¹⁰ DUVAL, H. *op. cit.*, p. 132.

passado criminoso, que não seria lícito reviver sob a «nova imagem» dele”. Sobre esta tesis, se ha de evaluar la protección que el citado autor pretende conceder a la persona que merece otra oportunidad de convivio en el seno social. Seguramente, la exposición de la imagen de un individuo que ya cumplió sus obligaciones con el Poder Judicial afecta a su vida cotidiana. Por ello, es pertinente que la protección jurídica del derecho a la propia imagen del ex-detento sólo podrá decaer ante esta restricción durante el lapso de tiempo en que los supuestos del interés público persistan. Ha de ser respetado, pues, el criterio de *actualidad* del hecho que permite el uso de la imagen sin previo consentimiento para la publicación de la información¹⁰¹¹. Es oportuno recordar que el interés público puede traducirse también en interés histórico-informativo, por el cual se justifica la publicación de una imagen. En este sentido, si la utilización de la imagen tuviere un contexto informativo aún públicamente relevante, no veo por qué ha de considerarse ilícita. En torno a esta cuestión, MEDINA GUERRERO muestra que una postura doctrinal alemana sustenta que, para evaluar la subsistencia de la relevancia pública de la información, ha de atenderse al interés de la colectividad en mantener la discusión y el interés de la resocialización del afectado. Se sugiere que entre la imagen y el hecho delictivo públicamente relevante ha de haber una relación no exclusivamente sustantiva, sino también temporal. Cuando un delito siga considerándose de interés público varios años después de su acción, a la hora de determinar la licitud de la divulgación de una imagen del autor ha de diferenciarse entre las fotografías hechas en la época del delito o durante el proceso de aquellas otras tomadas en un momento posterior, pues sólo en el primer caso sería legítima su publicación¹⁰¹². En el Derecho Español, parece tener fuerza la existencia de un “derecho al olvido”, pues tras un cierto lapso temporal, se eliminaría la relevancia pública de los hechos delictivos, convirtiendo en inconstitucional una nueva divulgación extemporánea, que atacaría directamente al bien de la propia imagen¹⁰¹³.

Por otra parte, respecto a la identificación de las víctimas de los delitos, se ha de considerar que tal supuesto carece de relevancia informativa, exceptuados los casos en los que la víctima sea un personaje público, en cuyo caso la identificación sería de

¹⁰¹¹ *Ibíd.*

¹⁰¹² MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional ...* cit., p. 132 y ss.

¹⁰¹³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Libertad de expresión y sus límites...* cit., p. 106.

interés público, por razón de la función pública del sujeto. Con relación a terceras personas, sólo se justificaría la difusión de sus imágenes si la información tuviere la utilidad de explicar las razones de los delitos o esclarecerlos. En esta dirección, otra hipótesis de límite del aludido derecho es cuando se publica la imagen de una persona ausente, desaparecida, para efectos de su búsqueda. Y en el mismo sentido, de personas fallecidas por accidentes catastróficos con la finalidad de su posible identificación y hallazgo¹⁰¹⁴.

En esta línea, pueden existir distintas situaciones en las que se ha de otorgar el carácter legítimo de relevancia pública para limitar el derecho a la propia imagen. El mismo razonamiento se ha de aplicar a las cuestiones de salud pública, pues, seguramente, no se puede objetar la publicación de la imagen de un individuo que haya contraído una enfermedad incurable y con riesgo de epidemia, a fin de procurar la salvaguardia de la sociedad. Y ello porque quien, por ejemplo, ha sido contaminado o tiene una rara enfermedad no podrá desvincularse del interés científico que su situación presenta. Podría incluirse, igualmente, en este supuesto, la utilización de imágenes para la ciencia médica, como las fotografías de enfermos o cadáveres en manuales de medicina, o en diapositivas o filmaciones que tengan este contexto informativo y que objetivamente cumplan finalidades docentes. La inclusión del interés científico permite atender a cualquier interés que favorezca el conocimiento, siempre que sea prevalente y relevante. No obstante, es necesario señalar que siempre que sea posible, sería mejor evitar la identificabilidad de la imagen; y, si ello no es posible, contar con el consentimiento del interesado. No comportarán ilícito alguno si el fin es realmente científico y no es posible eliminar la reconocibilidad del efigiado ocultando – como delicadamente se suele hacer – su rostro o al menos sus ojos. No obstante, en tales casos, sería más coherente recabar el consentimiento para la publicación. Empero, de este modo, sería lícita la publicación de imágenes relacionadas con estas ciencias siempre que no fuera posible eliminar la reconocibilidad del efigiado¹⁰¹⁵. Aún así, la utilización de su imagen deberá atender ese uso rigurosamente científico, para las posibles probabilidades de estudio y búsqueda de soluciones técnicas¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁴ DINIZ, Maria Helena. “Direito à imagem e a sua tutela”...cit., p. 100.

¹⁰¹⁵ ROVIRA SUERIO, Ma. E. *La responsabilidad civil*... cit., p. 191.

¹⁰¹⁶ DINIZ, Maria Helena. “Direito à imagem e a sua tutela”...cit., p. 101.

Siguiendo este planteamiento, el interés cultural¹⁰¹⁷ también puede revelarse como un límite del derecho a la propia imagen en un contexto de información didáctica, histórica, instructiva o educativa¹⁰¹⁸. El interés histórico, que tenga valor para la Historia, pasada o contemporánea, también figura como un legítimo límite del derecho a la propia imagen, pues, la naturaleza histórica de un acontecimiento es algo exterior al sujeto¹⁰¹⁹. Si la imagen refleja un hecho importante para la evolución de la sociedad y relevante para el conocimiento de un personaje histórico, no cabe suscitar la ilicitud del uso de la imagen de este titular. La Historia puede contener los hechos que marcan una época y que presentan un interés nacional o internacional, pues se debe primar el interés público como corolario al derecho a la información. En este caso, se ha de satisfacer el interés público de la colectividad, pues “é bom e razoável que o povo mantenha vivo o interesse para tais coisas e que não deixe esvaír diante de si, fechado e alheio, o curso da História¹⁰²⁰”.

Un interrogante, no obstante, que reclama atención es si se puede o no hablarse de interés artístico en el sentido de cultura. Se ha de considerar que para que sea lícita esta restricción al derecho a la propia imagen, debe exigirse el propósito científico, didáctico o cultural. Esto significa que pueden también coexistir otras finalidades secundarias, pues es indudable que en el vigente sistema económico, todas las manifestaciones culturales privadas y algunas públicas, persiguen, en mayor o menor grado, propósitos culturales y fines de lucro¹⁰²¹. En este sentido, es incontestable admitir que el arte implica varias formas de manifestación y que puede prácticamente colidir

¹⁰¹⁷ Rechaza GITRAMA GONZÁLEZ (M. “El derecho a la propia imagen hoy... cit., p. 227) el adjetivo cultural, porque en rigor ya incluye a los histórico y científico además de lo “artístico”. Por una cuestión terminológica, preferí hablar de *interés cultural* y matizar lo que comprende tal interés.

¹⁰¹⁸ Ilustra ARAÚJO (Nadia de. “Princípio da dignidade da pessoa humana e direito à imagem” in: *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, nº 1, jan-mar/2006, p. 267-278) una equivocada hipótesis de interés científico en una sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil que reformó el entendimiento del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro en una demanda propuesta por la representante de un niño con discapacidad física contra la ciudad de Rio de Janeiro por uso indebido de la su imagen en una publicación didáctica que había sido distribuída en las escuelas del municipio. El Superior Tribunal de Justicia razonó que el Tribunal de Rio había igualado el niño a los demás, y pugnó que ése había sido ofendido en su dignidad con su exposición a través de la fotografía sin la debida autorización del representante legal.

¹⁰¹⁹ ROVIRA SUERIO, Ma. E. *La responsabilidad derivada...* cit., p. 190.

¹⁰²⁰ KHOLER, Josef. “A própria imagem no direito”...cit., p. 50-67.

¹⁰²¹ VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. “Protección de la propia imagen” in: *Revista Interamericana de derecho intelectual*, vol. 2, nº 2, Julio/Diciembre1979, p. 68-103.

con la autorización exclusiva que integra el derecho a la propia imagen¹⁰²². Creo que para compartir la idea de que el interés artístico también es un límite al derecho a la propia imagen es ineludible delimitar mejor lo que es este interés. No se olvide que hubo una corriente doctrinal que defendía la negación del derecho a la propia imagen por el supremo interés del arte¹⁰²³ y, como señala HERCE DE LA PRADA, el término tiene gran amplitud, lo que requiere una normativa más explícita para la salvaguardia de estos intereses legítimamente culturales¹⁰²⁴. Si se habla de interés artístico sin una perspectiva cultural-informativa, se incurre en el error de generalizar tal restricción del derecho a la propia imagen, que podría ser empleada como excusa en diversas oportunidades de usos ilícitos de la imagen ajena. No debe considerarse lícita cuando la exposición de la imagen para la actividad cultural tenga finalidades lucrativas, económicas, diversas de la intención para la cual fue representada. La finalidad artística debe ser interpretada de forma restrictiva y queda fuera de esta calificación todo aquello que tiene un fin primordialmente publicitario¹⁰²⁵. El interés público de la actividad artística se revela por la necesidad social de acceso a la cultura, a la instrucción y al libre desarrollo de la personalidad. La utilización de la imagen para un interés artístico se justifica, en el fondo, en las mismas razones que permiten su uso para la información pública o eventos públicos. Por ello, antes de legitimar el uso de las representaciones gráficas de las evocaciones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo de alguien en el contexto del arte, habrá de razonar si tal interés realmente atiende su finalidad pública teleológica y se corresponde a las necesidades de formación cultural de la sociedad.

¹⁰²² GITRAMA GONZÁLEZ (M. "El derecho a la propia imagen hoy... cit., p. 227.

¹⁰²³ VANOIS fue el primer defensor de la libertad de retratar en Francia sosteniendo que el artista sería libre para reproducir lo que bien entendía si no cometiera injuria o difamación y que el retrato que no tuviera nada de insultante no podría ser ilícito (*Apud* GITRAMA, "Imagen (derecho a la propia)...cit., p. 323).

¹⁰²⁴ HERCE DE LA PRADA, *op. cit.* p. 244.

¹⁰²⁵ VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. "Protección de la propia imagen" cit., p. 79.

PARTE SEGUNDA

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES DE PORTUGAL, ESPAÑA Y BRASIL

Nada más sensato que empezar la comparación de los sistemas jurídico-constitucionales por Portugal. Por ser cronológicamente la República Portuguesa el primero de los tres países en adoptar una Constitución democrática, el texto constitucional lusitano de 1976 ha sido, de cierta forma, un norte tanto para España, como para Brasil. La vigente Constitución portuguesa ha sido fuente de inspiración no sólo para la positivación del derecho a la propia imagen, sino también ha servido de cauce para la catalogación los demás derechos fundamentales de la personalidad. De hecho, será demostrada a lo largo de la investigación la efectiva influencia de Portugal en las democracias de los otros dos países analizados. Para tal labor, inicio este capítulo con el propósito de enlazar el constitucionalismo lusitano y el derecho a la propia imagen, para enseguida examinar la relación de la Constitución Portuguesa de 1976 y este derecho. Propongo un concepto constitucional del derecho a la propia imagen, tras analizar la terminología empleada en la redacción del artículo 26.1 (*Outros direitos pessoais*) y separar su contenido de los conceptos de derechos afines. Después de conceptualizar el derecho constitucional a la propia imagen, lo relaciono con la legislación portuguesa y por último me dedico a estudiar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lusitano.

3.1 El derecho a la propia imagen en la Historia Constitucional Portuguesa

La expresión que da nombre a este apartado alude únicamente a la Historia Constitucional de Portugal. Sin embargo, en realidad, lo que se constatará en el desarrollo de este tema es una sobresaliente interacción entre el constitucionalismo portugués, el de España y, también, sus irradiaciones en territorio brasileño. Cuando se compara la Historia Constitucional brasileña con la portuguesa, como es lógicamente esperado, se comprueba una raíz conectiva entre las dos experiencias. El nacimiento de la Constitución – en cuanto instrumento de estructuración del Estado y limitación del Poder – es prácticamente simultáneo en Portugal y en Brasil. Se origina el fenómeno constitucional de los dos países en el mismo hecho histórico, la Revolución liberal de Porto, el 24 agosto de 1820¹⁰²⁶. Esta, a su vez, como afirma CAETANO, estuvo muy influida por la victoria obtenida por el Partido Liberal en España¹⁰²⁷, cuando una insurrección impuso a Fernando VII la restauración de la Constitución de Cádiz de 1812¹⁰²⁸. De la eclosión de la Revolución de 1820, emergieron ideas para la redacción de un texto constitucional: la *Constituição Portuguesa de 1822*.

Producto del periodo *liberal* del constitucionalismo, la Constitución *vintista* fue obra de las Cortes Constituyentes, electas en Portugal, en Brasil y en los territorios portugueses de África y Asia, ligados en Unión Real. Advierte ANTÓNIO MANUEL HESPANHA que “realmente, embora os estabelecimentos coloniais portugueses tenham estado sempre ligados à metrópole por um laço de qualquer tipo, faltou, pelo menos até ao período liberal, uma constituição colonial unificada. Desde logo, faltava um estatuto unificado da população colonial¹⁰²⁹”. Se estableció, pues, una regla de

¹⁰²⁶ CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. “A influência da Constituição da República Portuguesa de 1976 sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” em *I trent'anni della Costituzione Portoghese: originalità, ricezioni, circolazione del modello* (a cura di Lucio Pegoraro), Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, Bologna, 2006, p.180 y MIRANDA, Jorge. *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses: Lisboa, 2001, p. 11.

¹⁰²⁷ CAETANO, Marcello. *Constituições Portuguesas* (4ª ed. rev. e act.). Editorial Verbo: Lisboa/São Paulo, 1978, p. 14.

¹⁰²⁸ VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. “Reflexiones sobre un bicentenario – 1812-2012” en *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración – Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, José Álvarez Junco y Javier Moreno Luzón (eds.), CEPC, Madrid, 2006, p. 75-84.

¹⁰²⁹ HESPANHA, António Manuel. “A Constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes”, em Maria Fernanda Bicalho, José Fragoso, et all, *O Antigo Regime nos*

proporcionalidad, y por Brasil, por ejemplo, se eligieron sesenta y nueve diputados, de los cuales cuarenta y seis fueron efectivamente diplomados por la Corte de Lisboa¹⁰³⁰. Informa FIÚZA que una parte moderada quería implantar un reflejo del constitucionalismo inglés, mientras el sector radical se inclinaba por el modelo convencional francés, y la facción gradualista optaba por el ejemplo de la Constitución Española de Cádiz, de 1812¹⁰³¹. Empero, esta última posición prevaleció, corroborando la común y recíproca tradición jurídica peninsular¹⁰³².

Definida como progresista, la Constitución de Portugal de 1822 derogó numerosos privilegios feudales característicos del régimen absolutista e inauguró la monarquía constitucional en territorio portugués. Se identifican algunos principios que han informado la Constitución *vinista*, como el principio democrático, el principio representativo, el principio de la separación de poderes y el principio de igualdad jurídica y del respeto a los derechos personales¹⁰³³. Los principales avances, a lo largo de los 240 artículos, establecían la consagración de los derechos y deberes individuales de todos los ciudadanos portugueses; la formación de la *Nação* (unión de todos los portugueses) como base de la soberanía nacional; la independencia de los tres poderes políticos Legislativo, Ejecutivo y Judicial; la supremacía del poder Legislativo de las Cortes sobre los demás poderes; la monarquía constitucional como forma de gobierno y la Unión Real con el Reino de Brasil. Sin embargo, lo que más destaca la doctrina lusitana con relación a este texto constitucional es la previsión de los derechos individuales. Como demuestra MIRANDA, ya en las Bases de la Constitución los artículos 1º al 15º establecían los *direitos individuais do cidadão* razonados en la libertad, en la seguridad, y en la propiedad¹⁰³⁴. El texto constitucional de 1822, a

trópicos. A dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII), Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001, 163-188.

¹⁰³⁰ MIRANDA, Jorge. *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro...cit.*, p. 13.

¹⁰³¹ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado* - 4 ed. ver. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 322.

¹⁰³² Describe MIRANDA (*O constitucionalismo liberal luso-brasileiro...cit.*, p. 14-5) que no obstante la proximidad entre Constitución de Cádiz y la Constitución Portuguesa, se pueden apuntar algunas diferencias, tanto de orden formal, como material. Afirma GOUVEIA (Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*, vol 1. Coimbra, 2005, p. 410) que el texto tuvo como principales influencias las Constituciones Francesas de 1791 y 1795 y, fundamentalmente, la Constitución Española de Cádiz de 1812.

¹⁰³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina: Coimbra, 2003, p. 128-130.

¹⁰³⁴ MIRANDA, Jorge. *As Constituições Portuguesas: de 1822 ao texto actual da Constituição* (2ª ed.). Livraria Petrony: Lisboa, 1984, p.11.

diferencia de lo que previó la Constitución Francesa de 1791 (que tenía una declaración de derechos aparte), incorporó en el Título I un catálogo *dos direitos e deveres individuais dos portugueses*. Del artículo 1º al 19º dispuso esencialmente sobre derechos individuales dejando, por ejemplo, la soberanía de la Nación (*droits de la Nation* francés) para el Título II. La importancia histórica de este texto reside en el hecho de que marca el inicio del constitucionalismo en Portugal, y se convierte en un punto de referencia obligatorio para la teoría de la legitimidad democrática del poder constituyente. No obstante, como informa GOMES CANOTILHO, al comienzo de su vigencia, este texto constitucional tuvo un serio riesgo de ser derogado por el movimiento de Vilafrancada de 1823, un fuerte golpe que propugnaba restaurar el absolutismo. Los idealizadores de dicho movimiento consideraban que la Constitución de 1822 había sido demasiado liberal y propusieron, por decreto de 18 de Junio, la creación de una comisión para preparar el proyecto de lo que sería la nueva ley fundamental portuguesa. Con la muerte del Rey, tal proyecto, que se resumía a 24 artículos, se convirtió en una promesa. Este intento de elaborar otro texto constitucional lo denomina el aludido autor de “interregno constitucional”¹⁰³⁵.

Sobre el derecho a la propia imagen, puede hacerse una mención especial al artículo 3º del documento *vinista*, que proclamaba: “A segurança pessoal consiste na protecção, que o Governo deve dar a todos, para poderem conservar os seus *direitos pessoais*”. Sería incongruente afirmar que en tal artículo podía ser incluida una efectiva configuración del derecho a la propia imagen, pues como se ha relatado en el capítulo anterior, la aparición de la fotografía, y el consecuente debate técnico-jurídico sobre este derecho, sobrevino sólo en la década de 30, del siglo XIX¹⁰³⁶. Por ello, estimo que podría ser calificada de “apasionada” una alegación que defendiera dicha tutela.

Siguiendo la línea cronológica, tras la independencia brasileña, se deshizo la Unión Real entre los dos países y el Emperador de Brasil planteó redactar una Constitución propia: la Carta Brasileña de 1824. Otorgada el 25 de marzo, se inspiró, en algunos aspectos, en las mismas ideas de la Constitución Portuguesa de 1822. En efecto, también tuvo la *Constituição do Império* de Brasil, de 1824, un importante papel en el contexto constitucional portugués, pues el 10 de marzo de 1826, cuando murió D. João

¹⁰³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*cit., p 140-141.

¹⁰³⁶ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.1

VI, fue aclamado como nuevo Rey de Portugal el Emperador de Brasil D. Pedro IV (en Brasil D. Pedro I)¹⁰³⁷. El Emperador-rey, que más tarde, el 02 de mayo, abdicaría su reino a favor de su hija D. Maria da Glória, con la condición de que ella se casara con D. Miguel, junto a Francisco Gomes da Silva (*Chalaça*) redactaron la *Carta Constitucional à Monarquia Portuguesa*¹⁰³⁸. En realidad se plantea que ellos adaptaron, suprimieron y adicionaron expresiones a la Constitución Imperial Brasileña, para conformar el nuevo texto constitucional de Portugal¹⁰³⁹. En este contexto, se firmó la *Carta* portuguesa en el palacio de Rio de Janeiro, el 29 de abril de 1826. Ante este hecho, se puede afirmar que en este momento, el Derecho Constitucional luso-brasileño se encuentra arraigado en un texto de semejante identidad, matizado por diferencias idiosincráticas¹⁰⁴⁰.

Representó la Carta Constitucional de 1826 un compromiso entre los liberales, defensores de la Constitución de 1822, y los absolutistas partidarios del retorno a un régimen autocrático, teniendo por objetivo, precisamente, unir a todos los portugueses. Señala GOMES CANOTILHO, que dicho texto tuvo como pilares los siguientes principios: el principio monárquico, el principio de la división de poderes, el principio censitario, el reconocimiento de derechos civiles y políticos a los ciudadanos portugueses¹⁰⁴¹. Sus principales características pueden ser resumidas en el hecho de que la soberanía residía en el Rey y en la Nación; se garantizó la existencia de una nobleza hereditaria; preveía la separación de poderes Legislativo, Ejecutivo, Moderador y Judicial; se mantuvieron los derechos y deberes individuales de los ciudadanos de la Constitución de 1822; se mantuvo también la monarquía constitucional como forma de gobierno. Se distingue, además, tres períodos de vigencia de tal texto constitucional: 1) 1826-1828: hubo dudas al juramento de la Carta y terminaría su vigencia el 03 de mayo de 1828 cuando D. Miguel convocó los Tres Estados del Reino, 2) 1834-1836: con el fin de la guerra civil en mayo de 1834, la *Carta* fue puesta en vigor, reuniéndose las Cortes el 15 de agosto del mismo año. Contestada por la facción liberal, fue abolida por

¹⁰³⁷ Configurándose, pues, una Unión Personal.

¹⁰³⁸ Como afirma CAETANO. *Constituições...* cit., p. 29.

¹⁰³⁹ Alega GOUVEIA (*Manual...* cit. p. 427.) que en el plano de la organización política la Constitución brasileña sufrió el influjo de las ideas de BENJAMIM CONSTANT, tanto que establece el *Poder Moderador*.

¹⁰⁴⁰ Tanto que en su libro *O constitucionalismo luso liberal luso-brasileiro* MIRANDA las denomina en el Título III como *As Constituições de D. Pedro*.

¹⁰⁴¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional...* cit. p. 142.

la *Revolução de Setembro de 1836* que repuso la Constitución de 1822; 3) La *Carta* fue restaurada por el Decreto de 10 de febrero de 1842, en virtud de la victoria de Costa Cabral, y perduró, no obstante los Actos Adicionales, hasta la implantación de la república en 1910. En el referido texto, el artículo 145 dedicó algunos de sus 34 apartados al tema de los derechos individuales. Dicho artículo se refiere a muchas de las conquistas de la Constitución de 1822 e introdujo otros derechos y garantías. Conviene observar que el artículo 145 estableció una protección a la vida privada, en sentido amplio, tutelando la libertad, la propiedad, la seguridad individual, la inviolabilidad de la casa y el secreto de las cartas. No obstante, con relación al derecho a la propia imagen, esta *Carta* no se propuso preverlo de forma expresa y la protección a tal derecho tampoco puede ser defendida. Sólo queda reforzar la idea que se ha planteado sobre la anterior Constitución lusitana.

Retomando la línea histórica, se suele decir que la efímera *Constituição Política da Monarquia Portuguesa* de 1838 surgió como un pacto entre las Cortes constituyentes y la Reina D. Maria II¹⁰⁴². Fruto de la Revolución de 09 de septiembre de 1836, este texto constitucional no se impuso durante un largo periodo, pues el Decreto de 10 de febrero de 1842 restauró la *Carta Constitucional*¹⁰⁴³. La Constitución Portuguesa de 1838 tuvo como fuentes las dos Constituciones anteriores, la Constitución Francesa de 1830, la Belga de 1831, la Constitución de 1824 de Brasil y la Constitución Española de 1837. Sus características fundamentales son la división tripartita de los poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial); el bicameralismo de las Cortes (Senadores y Diputados); la previsión el veto absoluto del rey y la descentralización administrativa. Reafirma es *Constituição* la soberanía nacional, restablece el sufragio universal directo y elimina el poder moderador. Se refiere a algunos de los derechos individuales en los arts. 9º al 32, del Título III, el cual denomina los *direitos e garantias dos portugueses*. Resalta GOUVEIA la inserción de algunos nuevos derechos, como el derecho de asociación, el derecho de reunión, el derecho de resistencia y la libertad de la enseñanza pública¹⁰⁴⁴. Pero, no se preveía nada de nuevo sobre la protección constitucional dada al derecho a la propia imagen.

¹⁰⁴² En este sentido CANOTILHO (*Teoria da ... cit.*, p. 151) y MIRANDA (*O constitucionalismo ...*, p. 43).

¹⁰⁴³ MIRANDA, *O constitucionalismo ... cit.*, p. 44.

¹⁰⁴⁴ GOUVEIA (*Manual... cit.*, p. 440-441).

La Historias Constitucionales de Portugal y de Brasil se entrelazan nuevamente cuando se analizan las primeras Constituciones Republicanas de estos países. Con la deposición de D. Pedro II, el 15 de noviembre de 1889, se proclamó la federación como forma de Estado y la república como forma de gobierno en el territorio brasileño. La Constitución Portuguesa de 1911, emergente de la Revolución Republicana de 05 de octubre de 1910, ha sufrido una fuerte influencia de las aportaciones de la Constitución Suiza, que contenía aspiraciones democráticas y descentralizadoras del partido republicano, y principalmente del movimiento que instituyó la Constitución Brasileña de 1891, la cual por sí sola fue un incentivo para los republicanos portugueses¹⁰⁴⁵. Afirma GOUVEIA que movimientos *pro república* ya habían intentado un golpe el 31 de enero de 1891¹⁰⁴⁶. Recuerda el autor que muchos intelectuales pugnaron por la prevalencia del ideal republicano, y cita a ANTERO DE QUENTAL, en una célebre conferencia *As Causas da Decadência dos Povos Peninsulares*, quien afirmó que las principales causas de la decadencia portuguesa se encontraban en la monarquía, en el catolicismo y en el capitalismo. Mantiene CAETANO que el hundimiento del Imperio Francés en 1870 y la proclamación de la Primera República Española en 1876, también contribuyeron para el refuerzo del movimiento republicano portugués¹⁰⁴⁷. El texto republicano portugués de 1911, según GOMES CANOTILHO, se apartó literalmente de las tesis rousseauianas de soberanía popular y se adhirió al principio de la soberanía nacional, retomando las fórmulas de las Constituciones de 1838 y 1822¹⁰⁴⁸. De acuerdo con la *Constituição de 1911*, la soberanía residía exclusivamente en la *Nação* (art. 5.º), ejercida a través de los tres poderes, el Ejecutivo, representado por el Presidente da República; el Legislativo; y el Judicial. Según el aludido autor, este texto constitucional es el exponente y la afirmación del liberalismo democrático portugués, hecho que se constata con la inserción del catálogo de derechos fundamentales condensados, principalmente, en el artículo 3º, el cual tiene un evidente cariz individualista, que garantiza algunas libertades públicas importantes.

¹⁰⁴⁵ MIRANDA, *O constitucionalismo...*cit., p. 51-52.

¹⁰⁴⁶ GOUVEIA. *Manual...*cit., p. 445.

¹⁰⁴⁷ CAETANO. *As Constituições...*cit., p. 81.

¹⁰⁴⁸ CANOTILHO. *Direito Constitucional...*cit., p. 169.

No obstante, volviendo la atención al derecho a la propia imagen, el artículo 4º de tal texto puede tener una importancia significativa, pues indicaba que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam doutras leis”. Es indiscutible la constatación de que la redacción de este artículo es una evidente consagración de derechos fundamentales fuera de la Constitución formal¹⁰⁴⁹. Aunque expresamente visible la tutela del derecho a la propia imagen, mantengo la idea anterior de la precariedad de esta posibilidad, ante los hechos históricos, sociales y jurídicos que ya he comentado.

Continuando con la exposición acerca del constitucionalismo portugués, pueden ser denominadas de semánticas las Constituciones Portuguesa de 1933 y la Brasileña de 1937¹⁰⁵⁰. Fueron destinadas a servir al detentor del poder para su uso personal, disminuyendo, por tanto, su normatividad. La Constitución de Salazar y la Constitución de Vargas instituyeron, en los respectivos países, la llamada “dictadura constitucional”, favoreciendo el fortalecimiento del Poder Ejecutivo. Ambas establecían la organización completa del estado autócrata y del poder individualizado. Son marcas, pues, del periodo *autoritario* en el que el constitucionalismo, de un modo general, estaba inserto. Por ello, resalta MARCELLO CAETANO que la elaboración de la Constitución correspondió a la necesidad de estabilizar y dar forma jurídica a la situación de hecho existente, nacida de un estado de crisis de la política portuguesa y de la propia política europea¹⁰⁵¹. Los hechos indican que la Constitución Portuguesa de 1933 fue un producto del golpe militar de 28 de mayo de 1926, que puso término a la I República. Las Fuerzas Armadas instauraron un régimen autoritario, en el cual el Gobierno concentraba los poderes anteriormente ejercidos por el Parlamento y por el Ministerio,

¹⁰⁴⁹ *Íd.* p. 170

¹⁰⁵⁰ Clasificación ontológica propuesta por Karl LOEWENSTEIN (*Teoría de la Constitución*. Ariel, Barcelona, 1979, p. 218-219) según la cual las constituciones se modifican de acuerdo con el grado de correspondencia de sus normas positivas con los procesos de ejercicio del poder político en la aplicabilidad práctica. Son *normativas* las constituciones en que las normas dominan el proceso político o, al revés, el proceso político se adapta a las normas de la constitución; son *nominales* las constituciones que carecen de realidad existencial, pues, a pesar de jurídicamente válidas, la dinámica del proceso político no se adapta a sus formas (aplicación) y *semánticas* las constituciones en que sirven de instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos del poder político, en su beneficio exclusivo, que disponen del aparato coercitivo del Estado.

¹⁰⁵¹ CAETANO, Marcello. *A Constituição de 1933: Estudo de Direito Político* (2ª ed.). Coimbra Editora, 1957, p. 13.

legislando mediante decretos con fuerza de ley hasta abril de 1933. Este es el denominado periodo de la dictadura militar¹⁰⁵². En este sentido, el mencionado autor explica que por el Decreto n. 18570, de 8 de julio de 1930, se promulgó el *Acto Colonial*, que substituyó el título V de la Constitución de 1911¹⁰⁵³. El Decreto n. 20643, de 22 de diciembre de 1931, instituyó la creación del Consejo Político Nacional, presidido por el Presidente de la República. Esta experiencia, en la práctica, configuraba una doble presidencia del país. El Consejo inició la discusión de un proyecto, presentado por el Ministro Dr. Oliveira Salazar. Las fuentes de este documento fueron la experiencia de la Dictadura Militar, la *Carta Constitucional*, la Constitución de 1911, la Constitución de la República Federal de Alemania votada en Weimar (1919) y los programas anteriores presentados por los Gobiernos de Dictadura. Tal proyecto se consolidó el 11 de abril de 1933 en la nueva Constitución de Portugal. En las palabras de GOUVEIA, la Constitución de 1933 se propuso a iniciar la II República o el *Estado Novo*, con una directa inspiración “fascizante”. Dicho texto constitucional se caracteriza por ser “anti-liberal”, “anti-parlamentar”, “anti-partidario” y “anti-democrático”¹⁰⁵⁴. No obstante, se comprueba en la *Constituição* de 1933 un avance en la cuestión de los derechos de la personalidad, pues el artículo 8º previó una destacada relevancia a algunos ellos¹⁰⁵⁵. Ahora bien, podría decirse que este texto constitucional ha sido pródigo en materia de los derechos de la personalidad. Sin embargo, puede inferirse su carácter autoritario por el hecho de que algunos de los derechos más significativos estaban sometidos al régimen que se establecía en las leyes especiales, es decir, los derechos fundamentales se movían en el ámbito de la ley, y no la ley que se movía en el ámbito de los derechos fundamentales. No quiero decir que no haya sido importante (o tal vez un avance) la aparición en el texto constitucional positivado de algunos de los derechos de la personalidad. En efecto, lo que se pretende demostrar es que se ha de analizar tal positivación dentro del contexto limitador, presente en la idea autoritaria que la Constitución transmitía. Con base en la importancia del derecho al honor, representado en el apartado 2º del artículo 8º, ya se podría aquí imaginar una tutela del derecho a la propia imagen en el contexto portugués. Además dicha Constitución establece, como en la Constitución de 1911, la hipótesis de la existencia de derechos

¹⁰⁵² CAETANO. *As Constituições...*cit., p. 103.

¹⁰⁵³ *Íd.*, p. 106-107

¹⁰⁵⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual...*cit., p. 464-465.

¹⁰⁵⁵ Derecho a la vida, a la integridad personal, derecho al buen nombre y reputación, inviolabilidad del domicilio y sigilo de correspondencia.

constitucionales atípicos en el § 1 del mismo artículo 8º. Sin embargo, pese a esta posibilidad formal, por el desarrollo de la construcción jurídico-constitucional del derecho a la propia imagen, no sería razonable admitir que ya se configuraba en el territorio lusitano la protección constitucional de este derecho en esta época concreta.

3.2 El derecho a la propia imagen en la Constitución Portuguesa de 1976: el artículo 26 (“outros direitos pessoais”)

La Historia constitucional portuguesa junto a la española y a la griega tienen en común la consagración del movimiento democrático en la década de los setenta. La desventaja de conocer la democracia real más tardíamente que en otros países europeos se tradujo en una ventaja en lo que se refiere a positivación de la Constitución de estos países. Eso debido a que pudieron comparar lo que había de positivo en la experiencia constitucional en los demás países, que ya habían implantado el Estado Democrático y Social de Derecho, así como analizar la conveniencia de introducir los beneficios de este examen en sus Textos Constitucionales.

En este contexto, como consagración de la revolución social promovida por los militares del Movimiento de las Fuerzas Armadas de 25 de abril de 1974, la promulgación de la Constitución de 1976 representó una ruptura con el orden constitucional anterior e inauguró un nuevo sistema basado en el *monismo* del principio de legitimidad de poder y del *pluralismo* de visiones de mundo¹⁰⁵⁶. La configuración del vigente texto constitucional, implantando el régimen *democrático* en el constitucionalismo portugués se correspondía con los sentimientos profundos del pueblo¹⁰⁵⁷. Al principio pensada como un norte de transformación constitucional para Portugal e imaginada como una Constitución provisional de una etapa de la Revolución, la Constitución de 1976 se convirtió en un estatuto de garantía y de racionalización de una revolución consumada y de un país modificado¹⁰⁵⁸. Como revela MIRANDA es una

¹⁰⁵⁶ Por ello CANOTILHO (*Direito Constitucional...cit.*, p. 195) habla de “descontinuidade constitucional”.

¹⁰⁵⁷ AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da república: uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*. Coimbra Editora, 2005, p. 85-86.

¹⁰⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., vol. I. Coimbra Editora: Coimbra, 2007, p.19.

Constitución-garantía y una Constitución prospectiva¹⁰⁵⁹. Se configura como pacto, propone un Estado social de Derecho, establece el principio de soberanía popular, tiene la dignidad humana como premisa, se preocupa con los derechos fundamentales y con la división del poder. Informan GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA que la Constitución de Portugal de 1976 tuvo como fuentes inmediatas los proyectos propuestos a la Asamblea Constituyente por los varios partidos y la segunda “Plataforma de Acuerdo Constitucional”, realizada en febrero de 1976. Como fuentes mediatas citan el Programa del Movimiento de las Fuerzas Armadas; la *Lei 5/75*, de 14 de Mayo, que instituyó el dicho movimiento y creó el Consejo de Revolución; los documentos y las proclamaciones revolucionarios; y los estudios y propuestas que influyeron en algunos proyectos presentados en la Asamblea Constituyente¹⁰⁶⁰. No obstante, comentan los mencionados autores que la vigente Constitución de Portugal no olvida la historia constitucional portuguesa y toma en consideración la experiencia liberal-radical y democrático-revolucionaria de las Constituciones de 1822, 1838 y 1911¹⁰⁶¹. Con relación a las influencias extranjeras, se suele citar la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (*Grundgesetz*), la Constitución Italiana de 1947, el modelo francés de organización del poder político y algunas aportaciones de los modelos constitucionales de los países ex-comunistas (catalogo de derechos económicos, sociales y culturales). La Constitución Portuguesa de 1976 introdujo en el orden jurídico normas que se refieren a la organización política de la Nación, pero que principalmente se concentran en dar vida normativa a los derechos humanos. El actual artículo 25 declara la inviolabilidad moral y física de los ciudadanos. En el siguiente, el vigente artículo 26, se reúnen nada menos que *nueve* derechos distintos, que tienen un carácter común y que se destinan a tutelar la esfera nuclear de las personas¹⁰⁶². Son los siguientes: el derecho a la identidad, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, al buen nombre y a la reputación, a la imagen, a la palabra, a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar y a la protección legal contra cualquier forma de discriminación. Además, dicho artículo constitucional delega a las leyes la competencia para establecer las garantías efectivas contra la utilización abusiva o contraria a la dignidad humana. Como mantienen MIRANDA y MEDEIROS, es incontestable admitir que el texto del artículo

¹⁰⁵⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra Editora, 2002, p. 210.

¹⁰⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa ...cit.*, p.20-21.

¹⁰⁶¹ *Íd.*, p. 22.

¹⁰⁶² *Íd.*, p.461.

26 constituye una expresión directa del valor de la dignidad de la persona humana. Por ello, afirman los autores, que tal artículo representa una piedra angular en la demarcación de los límites al ejercicio de los otros derechos fundamentales¹⁰⁶³:

“Artigo 26. (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à *imagem*, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.
2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.
3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.
4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.”

Es importante señalar que la Constitución Portuguesa se preocupó por reconocer y garantizar el derecho a la propia imagen, y que al establecerlo constitucionalmente le concedió autonomía. No obstante, sobre la concreta inserción de tal derecho en el contexto constitucional portugués, hay que observar que analizando los debates parlamentarios y el texto aprobado por la Asamblea Constituyente, el 2 de Abril de 1976, que entró en vigor el 25 de Abril de 1976 (art. 296), se comprueba la ausencia de mención expresa de la protección del derecho a la propia imagen¹⁰⁶⁴. Lo que se consagró como derecho fundamental en el artículo 33 del texto constitucional de esa época, el cual actualmente corresponde al artículo 26, fue el “Direito à identidade, ao bom nome e à intimidade”. El artículo 33 proclamaba:

“Art. 33. Direito à identidade, ao bom nome e à intimidade

¹⁰⁶³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...*cit., p.282-283.

¹⁰⁶⁴ <http://debates.parlamento.pt/page.aspx?cid=r3.dac>.

1. A todos é reconhecido o direito à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar.
2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias¹⁰⁶⁵.”

En efecto, la palabra imagen, pero no *el derecho*, apareció por primera vez en esta etapa de la Constitución Portuguesa en el contexto de la libertad de expresión, en el Proyecto de Constitución presentado por el Partido Popular Democrático. Estaría inserto en el apartado 1, del artículo 21, del texto presentado el día 8 de Julio de 1975 (fecha de la sesión), y publicado el 09 de julio en el Diario de la Asamblea, en el Suplemento al Número 14¹⁰⁶⁶: “Art. 21.1. Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente os seus pensamentos, ideias ou informações, por meio da palavra, por escrito e pela imagem, e bem assim a direito de se informar sem impedimentos nem discriminações junto das fontes de acesso geral”. Siguió con esta idea en el *Parecer da Comissão dos Direitos e Deveres Fundamentais*, de la sesión del día 12 de agosto 1975, publicado en el Diario el día 13¹⁰⁶⁷, hasta su incorporación en el artículo 37 del texto final de la Constitución de 1976.

Sin embargo, es inevitable percibir una preocupación *latu sensu* sobre los derechos de la personalidad, dentro de los cuales se integra el derecho a la propia imagen, en el debate sobre la introducción de la expresión “inviolabilidade da pessoa humana” en el apartado 1, del artículo 5º, del proyecto (actual art. 16.1¹⁰⁶⁸), planteado por el diputado Costa Andrade¹⁰⁶⁹. El citado diputado constituyente resalta la importancia de la dignidad de la persona humana y defiende la implantación de un régimen dual de protección. Alega que se habría de establecer una cláusula general de la

¹⁰⁶⁵ Hubo varios proyectos presentados por los partidos políticos para la redacción del texto del antiguo artículo 33 (actual 26). El primero fue del Centro Democrático Social, propuesto en la sesión del día 04 de julio de 1975 (fecha del Diario 07 de julio), como suplemento al número 13, p. 1, el cual defendía que en el apartado 2º, del art. 12º “O direito à integridade moral, ao bom nome e reputação e à intimidade da vida privada”.

¹⁰⁶⁶ Página 04.

¹⁰⁶⁷ Página 789. En este texto, figuraba la palabra imagen en el apartado 1 del art. 24.

¹⁰⁶⁸ “Art. 16º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais): 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

¹⁰⁶⁹ Diario n. 35 de la Asamblea Nacional Constituyente, fecha de la sesión: 21 de agosto de 1975, fecha de publicación 22 de agosto de 1975, p. 942 y ss.

tutela de la dignidad de la persona así como una positivación de una enumeración de singulares facetas de la persona, asegurando los aspectos más sobresalientes que históricamente ya serían posibles de independizar. En la misma línea, el diputado Mota Pinto propone tal inclusión, pues podría garantizarse, de este modo, el respeto a la persona humana contra las futuras formas de agresión. Advirtió que con la evolución social y técnica pueden surgir siempre nuevas facetas de lesión de la personalidad, nuevas facetas que afectarían la inviolabilidad de la persona humana y que no constaban formalmente ni en la ley ni en cualquier regla aplicada de derecho internacional. A pesar de la relevancia material de este debate, la propuesta no ha sido incorporada al texto, en mi opinión, gracias a la intervención del diputado Vital Moreira. Éste alertó de que el cometido del artículo en cuestión versaba sobre los instrumentos de protección y no sobre los valores propiamente dichos. Tales instrumentos serían el derecho y las fuentes del derecho que estaban indicadas en la redacción, y, por ello, luchó por la supresión de la propuesta.

De hecho, aunque, en mi opinión, se pueda interpretar que la Constitución de 1976 protege *materialmente* el derecho a la propia imagen en el citado artículo 16.1, la tutela *formal expresa* del mencionado derecho apareció posteriormente, en la nueva redacción dada al artículo 33, en la primera revisión de la Constitución Portuguesa¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁷⁰La reforma constitucional puede entenderse como un proceso especial de alteración de la Constitución que busca realizar, periódicamente, de forma más o menos profunda, más o menos extensa, una reevaluación parcial del texto constitucional. Es concebida por el poder constituyente por medio de alteraciones consideradas necesarias por el órgano u órganos a los cuales se defiere la atribución. El hecho de que una gran parte de las constituciones actuales fundamente sistemas político-jurídicos apoyados sobre bases democráticas, no significa, evidentemente, que el proceso regente de las respectivas revisiones sea idéntico. Varían, en particular, de acuerdo con los límites impuestos por el propio texto constitucional. Límites que pueden ser formales, indicando quién puede reformar la Constitución, con qué periodicidad, cuál el quórum necesario y bajo cuales circunstancias; o materiales (las llamadas cláusulas pétreas), preservando algunas intangibles bases esenciales, no pasibles de revisión. Efectivamente, reformar la Constitución supone entenderla como una institución viva, como un texto eficaz susceptible de ser aplicado a las circunstancias sociales actuales que requieren mayor dinamismo y que se refieren a los problemas de su propia aplicación. Adaptable a las mudanzas, condicionada por el grado de evolución política y social de cada país, la Constitución urge no solamente ser modificable, mas también modificada. Por consiguiente, el poder de revisión previsto en un texto constitucional democrático garantiza la permanente dialéctica y permite rejuvenecer la Constitución, sin que, con ello, se infrinjan sus líneas fundamentales. En otras palabras: revela una postura revitalizadora de proceder la renovación de aquellas normas que ya no más se justifican, incluyendo en el texto constitucional nuevos elementos que aseguren su desenvolvimiento, mas garantizando que la modificación respetará los principios fundamentales que abalizan la existencia de la Constitución. Efectivamente, cuando se produjo la unificación de Alemania en 1990, se dijo que la Ley Fundamental, que contaba en ese momento con cuarenta años, sería demasiado anticuada para servir como la Constitución del país unificado. Este también fue el argumento de Thomas Jefferson, quien quería una adaptación a la Constitución a cada veinte años, en el caso de los Estados Unidos. No obstante la continuidad de un texto constitucional tenga

Esta se realizó entre abril de 1981 y agosto de 1982, y se concluyó con la publicación de la Ley constitucional 1/82, de 30 de septiembre. La revisión constitucional de 1982 se planteó como un esfuerzo de actualización necesario, especialmente en lo que se refería al lenguaje usado en 1976. Admite GONÇALVES que el texto constitucional de 1976 estaba muy marcado por el ambiente revolucionario en el que transcurrió la Constituyente¹⁰⁷¹. Esa parece ser también la idea transmitida por GOMES CANOTILHO, cuando alega que la relación entre la constitución formal y la realidad constitucional llevó a algunos autores a colocar la constitución escrita y la constitución viva en situaciones de antagonismo¹⁰⁷². Surgieron varias críticas con relación al exceso de normas programáticas en el texto de 1976, que impedía la apertura y las alternativas políticas que una constitución-proceso podría favorecer. Es en este contexto que se desarrolló la idea de la primera revisión constitucional del texto de 1976. Afirma MARIA LÚCIA AMARAL que la revisión de 1982 fue obligatoriamente histórica y que alteró numerosos preceptos constitucionales, procediendo la eliminación del Consejo de Revolución y la institución del Tribunal Constitucional¹⁰⁷³. No obstante tales alteraciones, plantea la aludida autora que los principios esenciales del primer texto (esto es, Estado de Derecho, democracia, socialidad) se mantuvieron inalterados.

Ahora bien, la “génesis” de la positivación del derecho a la propia imagen se inició con una manifestación de la AD (*Aliança Democrática*) que propuso su inclusión en el artículo 33¹⁰⁷⁴. En el debate, el diputado Almeida Santos alega que el problema de la "imagem" sería el de saber si estaría o no incluida en la identidad personal. Indaga, incluso, sobre su autonomía como derecho de la personalidad, destacando que esta

sus méritos, pues crea, en especial, un sentido de Historia y tradición y, por consiguiente, de lealtad de los ciudadanos; es necesario adecuarse a un cambio de circunstancias. Si la Constitución tiene que responder a las necesidades no sólo del pasado, como también del presente y del futuro, tiene de ser maleable, pues debe ser capaz de moldarse a las alternancias políticas, económicas y sociales que el crecimiento trae. En realidad, esta discusión técnico-jurídica sería más fácil de entender, si se hace una analogía simple: cualquier organismo (por ejemplo, el ser humano) que tiende y quiere desenvolverse, debe estar consciente que en este camino evolutivo tendrá de adaptarse a las nuevas condiciones.

¹⁰⁷¹ GONÇALVES, Fernando Paulo. “Las revisiones de la Constitución de 1976” en *La Constitución portuguesa de 1976: un estudio académico treinta años después*, Javier Tajadura Tejada (coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 291.

¹⁰⁷² CANOTILHO. *Teoria da...cit.*, p. 207-208.

¹⁰⁷³ AMARAL. *A forma...cit.*, p. 88.

¹⁰⁷⁴ Número 2S del Diario, en la sesión del día 17 de octubre de 1981, p. 17. En esta misma sesión con relación a la epígrafe, la AD propuso también su substitución por “outros direitos da personalidade” y el PCP (Partido Comunista *Português*) por “outros direitos pessoais”. Planteó la FRS (Frente Revolucionária Socialista) que el art 33 pasase a constituir el art 26, y el art 23 a constituir el art 33. La Subcomisión concordó con los aditamentos presentados por la AD, por el PCP. La epígrafe propuesta por el PCP obtuvo apoyo de la FRS, teniendo la AD manifestado reserva.

discusión se reservaría al tecnicismo jurídico¹⁰⁷⁵. Sin embargo, los revisores de la Constitución entendieron que deberían concederle tutela expresa a tal derecho, tanto que, por unanimidad, votaron por su inserción en el texto constitucional en el actual artículo 26¹⁰⁷⁶.

Antes de adentrar en el debate sobre la configuración constitucional portuguesa del concepto del derecho a la propia imagen, es conveniente recordar que otro artículo de la Constitución también hace referencia a la palabra *imagem*:

“Artigo 37º (Liberdade de expressão e informação)

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela *imagem* ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”.

La lectura del artículo indica que la imagen allí citada representa un instrumento de la libertad de expresión, no tratándose, pues, específicamente, de un derecho individual a la propia imagen¹⁰⁷⁷. Este uso es una de las varias posibilidades funcionales de la imagen, el cual el constituyente portugués optó por positivizar expresamente en el texto constitucional. Sin embargo, la palabra imagen en el contexto del artículo puede significar imagen humana o no, es decir, no necesariamente se usan las imágenes humanas para expresar y divulgar libremente el pensamiento. Pero la sistematización de la Constitución Portuguesa, que dedica un artículo específico a los “direitos individuais”, no permite afirmar que el objeto de este precepto es la tutela del derecho individual a la propia imagen. El mencionado artículo sólo favorece el entendimiento de la relación dialéctica que existe entre el derecho a la propia imagen y la libertad de expresión.

¹⁰⁷⁵ Número 6S del Diario, en la sesión del día 15 de septiembre de 1981, publicado en el Diario en el día 28 de octubre de 1981 p.57.

¹⁰⁷⁶ Número 101, en la sesión del día 08 de junio de 1982, publicado en el Diario en el día 11 de junio, p.4169

¹⁰⁷⁷ Esta es una realidad también defendida por la doctrina portuguesa. TORRES (António Maria M. Pinheiro. *Acerca dos Direitos de Personalidade*. Editora Rei dos Livros: Lisboa, 2000, p. 37), por ejemplo, afirma que “é livre o uso da imagem de uma pessoa, na medida em que essa imagem tenha valor informativo. A imagem pertence aos meios de comunicação e de expressão contemporâneos”.

3.3 El concepto constitucional del derecho a la propia imagen

Para seguir analizando el derecho a la propia imagen en el contexto constitucional portugués, se hace menester indicar un concepto que conduzca a una depuración material de tal derecho. Sin embargo, antes de esta labor conceptual, es oportuno examinar, *ab initio*, algunos aspectos formales, los cuales, de cierto modo, también sirven de cauce para ofrecer una base teórica del derecho que se está investigando.

3.3.1 La terminología empleada

Una de las primeras cuestiones que estimo se ha de debatir es la denominación dada al derecho en cuestión por la Constitución Portuguesa: *direito à imagem*. Como ya se ha visto¹⁰⁷⁸, coincido con la idea de AZURMENDI ADARRAGA, que defiende que si se habla el derecho a la imagen *in genere*, el ámbito de aplicación del derecho se amplía, extendiéndose al retrato literario y a las diversas formas externas de referencia a la personalidad¹⁰⁷⁹. Estas matizaciones terminológicas, seguramente, pueden suscitar dudas, como las planteadas por la mencionada autora. Además de estos problemas relacionados, añado que, igualmente, la expresión *derecho a la imagen* tampoco indica concretamente quién es el titular del derecho. Se abre la posibilidad de que, por ejemplo, sea un fotógrafo el que tiene derecho a la imagen la cual él ha fotografiado, lo que puede causar una confusión conceptual con la propiedad intelectual, como sinónimo de derecho de autor y derechos conexos. Por ello, es innegable que el *nomem iuris* “derecho a la propia imagen” aporta, seguramente, más criterios de individualidad, de singularidad y de reconocibilidad, como determinantes a la realidad jurídica de la imagen humana. Cuando se coloca el término “*propia*” en la expresión que denomina el derecho, efectivamente, se concede mayor concreción y conformación a su titularidad, pues, la persona tiene el derecho a *su propia* imagen y no a una imagen cualquiera. De hecho, por estos interrogantes, los cuales podían difuminarse en la configuración de dicho derecho, estimo que sería más técnico si la Constitución Portuguesa tuviese asignado el término *direito à própria imagem*.

¹⁰⁷⁸ Vid. Capítulo II, epígrafe 2.2

¹⁰⁷⁹ AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la...cit.*, p.29.

No obstante, si no se enfoca el método puramente literal de interpretación, se percibe que todos los otros criterios¹⁰⁸⁰ y/o principios¹⁰⁸¹ confluyen para que de esta expresión se deduzca que el derecho que está previsto en el artículo 26, del texto constitucional portugués, es el derecho *a la propia imagen*. En efecto, la propia estructura del precepto, cuando establece los demás derechos personales, indica este mensaje. Junto a los otros ocho derechos que se refieren a la persona como titular en sí misma considerada, el derecho a la propia imagen no podría dissociarse de esta idea, pues se estaría quebrantando la *unidad* que el *iter constituyente* quiso dar. Además, de los artículos precedentes también se infiere que la *sistematización* constitucional lleva a entender que lo que se protege es la propia imagen de la persona humana¹⁰⁸². Aún, en esta línea, procede comentar que la Constitución Portuguesa reservó el artículo 42 para la libertad de creación cultural, que protege la creación intelectual, artística y científica. Esta libertad “compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor,” aboliendo, por tanto, cualquier interpretación que se proponga a incluir el derecho de autor en el citado artículo 26¹⁰⁸³.

Hecho este primer análisis de la terminología dada por el texto constitucional portugués, se concluye que el derecho protegido es el *derecho a la propia imagen* de la persona humana y no el derecho que alguien pueda tener sobre una imagen cualquiera. Es forzoso admitir que es este el mensaje histórico y jurídico-constitucional que la vigente Constitución de la República Portuguesa quiere transmitir.

3.3.2 El derecho a la propia imagen y el derecho a la palabra

Siempre cuando va a tratar el derecho a la propia imagen, la doctrina constitucionalista portuguesa lo relaciona con el derecho a la palabra. Por ello, es conveniente que se dedique un apartado a ese novedoso derecho de la personalidad.

¹⁰⁸⁰ Histórico, sistemático y teleológico.

¹⁰⁸¹ Unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, efecto integrador y fuerza normativa.

¹⁰⁸² Artigo 24º (Direito à vida) 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte. Artigo 25.º (Direito à integridade pessoal) 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

¹⁰⁸³ Artigo 42º (Liberdade de criação cultural) 1. É livre a criação intelectual, artística e científica. 2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.

MANUEL DA COSTA ANDRADE argumenta que la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos suelen tutelar la palabra hablada en los delitos de indiscreción, y que la grabación no consentida sólo es punible en la medida en que configura un atentado a la “privacidad¹⁰⁸⁴”. No obstante, en el Derecho portugués, se encuentra el derecho a la palabra con forma y conceptos autónomos, disociado, por tanto, de la privacidad. Una definición que se puede ofrecer al derecho a la palabra sería la protección jurídica que se da a la facultad de toda persona de decidir quién puede grabar su voz, como también, después de grabada, si y delante de quién su voz puede ser oída de nuevo. Se trata de impedir que aquello que se pretendió que fuera sólo una expresión fugaz y transitoria de la vida se convierta en un producto registrado y susceptible de ser utilizado en cualquier ocasión¹⁰⁸⁵.

Antes de definir las matizaciones de este derecho, es necesario advertir que se trata de un derecho a la palabra proferida, y que no se confunde con el derecho de *usar* la palabra, el cual integra la libertad de expresión. El derecho a la palabra, en realidad, incluye las palabras efectivamente proferidas, y la voz, en su sonoridad y en su timbre. No existe una protección civil al derecho a la palabra igual que la dedicada al derecho a la propia imagen, pero desde el punto de vista jurídico-constitucional, el sentido de la tutela no podrá ser substancialmente diferente¹⁰⁸⁶. La justificación de tal derecho radica en la explicación de que la persona también se realiza y se define a través de la palabra, y el bien jurídico es la *propia palabra hablada*, no interesando su contenido, si configura o no un secreto, si exprime una idea propia o un pensamiento ajeno¹⁰⁸⁷. En esta línea, para mejor entender este derecho se hace, pues, una analogía con lo que sucede con la *violación de correspondencia*¹⁰⁸⁸ en Portugal, la cual se consuma con la mera apertura de una carta, sin el consentimiento del titular e independientemente de su

¹⁰⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal...*cit. p. 128.

¹⁰⁸⁵ *Íd.*, p. 125.

¹⁰⁸⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*cit., p. 755.

¹⁰⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...*cit., p. 125.

¹⁰⁸⁸ Código Penal *Português*: “Artigo 194º Violação de correspondência ou de telecomunicações: 1 - Quem, sem consentimento, abrir encomenda, carta ou qualquer outro escrito que se encontre fechado e lhe não seja dirigido, ou tomar conhecimento, por processos técnicos, do seu conteúdo, ou impedir, por qualquer modo, que seja recebido pelo destinatário, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias. 2 - Na mesma pena incorre quem, sem consentimento, se intrometer no conteúdo de telecomunicação ou dele tomar conhecimento. 3 - Quem, sem consentimento, divulgar o conteúdo de cartas, encomendas, escritos fechados, ou telecomunicações a que se referem os números anteriores, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias”.

contenido¹⁰⁸⁹. En realidad, lo que quiere proteger dicha norma constitucional es que una palabra proferida en una situación determinada no pueda ser abusivamente utilizada en desfavor de su autor, principalmente a través de la reproducción en un contexto completamente diferente. El derecho a la palabra puede ser desdoblado en dos: a) el derecho a la voz, prohibición de su registro y reproducción sin consentimiento; b) el derecho a las palabras dichas, que garantiza la autenticidad y rigor de lo que fue dicho, contra cualquier forma de manipulación o utilización desfigurada¹⁰⁹⁰. Añaden GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA un tercer aspecto de tal derecho, que sería el “derecho al auditorio”, es decir, el derecho a decidir el círculo de personas a quien se transmite la palabra¹⁰⁹¹. En definitiva: el derecho a la palabra constituye la preservación de la confianza en las relaciones sociales, de la autenticidad de la comunicación humana, que sería desfigurada, si las palabras de una persona fuesen oponibles a ella en otras ocasiones y contextos¹⁰⁹².

La correlación del derecho a la palabra y el derecho a la propia imagen es ilustrada por CAVALHO, CARDOSO y FIGUEIREDO, que informan que para la inserción de ese derecho en el texto constitucional portugués (con la revisión de 1989), tuvieron gran influencia las palabras del diputado Costa Andrade, que en un discurso ante CERC de 1989 afirmó que “o direito à palavra é o homólogo, no que toca a uma dimensão da personalidade humana, do direito à imagem. O direito à imagem é o direito a não ser fotografado contra a sua própria vontade, sendo o direito à palavra o direito a que a palavra não seja gravada contra a vontade do cidadão. Direito à transitoriedade da palavra, pois o que é dito no momento é para valer apenas nesse momento, salvo se a pessoa consentir que a expressão da sua palavra seja guardada e utilizada depois”¹⁰⁹³.

Ya se ha visto que existe una equivocada tendencia de incluir en la tutela del derecho a la propia imagen la figura de la voz, tal y como se ha analizado en el Capítulo

¹⁰⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. “Sobre a reforma do Código Penal *Português* Dos Crimes Contra as Pessoas, em geral, e das Gravações e Fotografias Ilícitas, em particular” em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3, Abril - Dezembro de 1993. Aequitas, Editorial Notícias: Lisboa, p. 467.

¹⁰⁹⁰ CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação...*cit., p.231.

¹⁰⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4^a ed...cit., p. 467.

¹⁰⁹² CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada...*cit., p. 309 y MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*cit., p. 755.

¹⁰⁹³ CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada...*cit., p.27.

precedente¹⁰⁹⁴. Empero, la autonomía del derecho a la palabra en la Constitución Portuguesa refuerza la constante actualización que han de tener los derechos de la personalidad, además de indicar la importancia de su estudio para el Derecho Constitucional. El proceso de decantación del derecho a la imagen, a partir de un derecho matriz, experimentó un camino mucho más largo, si comparado con el derecho a la palabra¹⁰⁹⁵. En efecto, la circunstancia histórico-constitucional de la separación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen ha sido más complicada que la acaecida con el derecho a la palabra. No obstante las similitudes, principalmente cuando se refiere a la relevancia identificadora de tales bienes jurídicos, la distinción entre el derecho a la palabra y el derecho a la imagen es más fácil de percibirse, pues el objeto de la protección jurídico-constitucional de la imagen humana, como he concluido, se refiere a un aspecto *visual-cognitivo*, en cambio, la finalidad de proteger jurídicamente palabra proferida, por excelencia, se sitúa en el sentido *audio-cognitivo*.

3.3.3 El derecho a la propia imagen

Explicados, pues, los matices que se encuentran arraigados en la conformación formal del derecho a la propia imagen, creo que ya se tiene suficiente contenido para establecer los trazos configuradores del concepto de este derecho en el contexto constitucional portugués. Es conveniente recordar que la noción general sobre el concepto del derecho a la propia imagen ya ha sido desarrollada en el Capítulo II. Por ello, en este apartado reproduciré únicamente los rasgos idiosincráticos de tal derecho en la experiencia lusitana.

Puedo afirmar, en principio, que no dista mucho el concepto del derecho constitucional a la propia imagen portugués del concepto que en este trabajo he ofrecido¹⁰⁹⁶. En efecto, la noción de la propia imagen portuguesa respecto a su dimensión de forma visible o representación gráfica sensible de una persona¹⁰⁹⁷, versa sobre la imagen de una persona singular, reconocible e individual¹⁰⁹⁸. La imagen humana, para ser tutelada ante el Derecho Constitucional portugués, debe ser

¹⁰⁹⁴ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.3

¹⁰⁹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...*cit., p. 134.

¹⁰⁹⁶ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.2

¹⁰⁹⁷ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 400.

¹⁰⁹⁸ TORRES, António Maria M. Pinheiro. *Acerca dos Direitos de Personalidade...*cit., p. 37.

configurada a través de tres criterios que se interrelacionan: la individualidad, la identidad y la reconocibilidad¹⁰⁹⁹. No obstante, hay quien intenta configurar el concepto de tal derecho ampliando su aspecto de *visible*, sin embargo, no parece ganar fuerza tal entendimiento que incluye en este contenido la perspectiva psíquica de imagen¹¹⁰⁰. El cometido de tal derecho, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina portuguesa, tiende a centrarse en el aspecto “mecánico” de la imagen humana, es decir, en la representación gráfica y visible del aspecto físico externo de la figura humana¹¹⁰¹. De hecho, este es el entendimiento del Tribunal Constitucional Portugués, que como ya se ha constatado, afirma que el objeto del derecho a la propia imagen es “o retrato físico da pessoa, em pintura, fotografia, desenho, slide, ou outra qualquer forma de representação gráfica, e não a imagem que os outros fazem de cada um de nós. Ele não consiste, por isso, num direito de cada pessoa a ser representada publicamente de acordo com aquilo que ela realmente é ou pensa ser¹¹⁰²”. En esta línea, corroborando la idea defendida en el apartado precedente, el contenido visual-cognitivo de la imagen es concreto, y ha de diferenciarse de la “imaginación”, la cual podría suscitar demasiadas abstracciones y, por consiguiente, un infinidad de protecciones del ámbito normativo de tal derecho. Como se ha comprobado, la imagen debe ser entendida como la proyección del aspecto *físico* externo de la persona, representando por ello un rasgo de la personalidad. El mensaje visual contenido en la imagen se realiza a través de la representación gráfica material de los aspectos inmateriales de la personalidad¹¹⁰³.

La idea de la propia imagen portuguesa refuerza la tesis de que en el ámbito normativo-constitucional de este derecho deben ser incluidas todas las formas de

¹⁰⁹⁹ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 401.

¹¹⁰⁰ Defendida por ÉLIA MARINA PEREIRA CHAMBEL en “A videovigilância e o direito à imagem” em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Almedina: Coimbra, 2004, p. 503-531. La autora cita MANUEL VALENTE para defender la tesis de que la imagen también ha de ser entendida desde una perspectiva emergente de cognición psico-intelectual (p. 518). Afirma que “A perspectiva psíquica da imagem nos induz a considerar que a proteção do direito à imagem não pode ser apenas a proteção da simples imagem mecânica, mas também de todas as implicações que tal violação possa vir a ter. Facilmente percebemos que o direito à imagem está associado a outros direitos, uma vez que a violação do direito à imagem implica indirectamente a violação de outros direitos: bom nome e reputação” (p. 519).

¹¹⁰¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*...cit., p. 753; TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 398.

¹¹⁰² AcTC *Português* N.º 6/84, Processo n.º 42/83, AcTC *Português* N.º130/88, Processo 110/86, AcTC *Português* N.º 128/92, Processo 260/90, 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 129/92, Processo 329/90; 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 319/95, Processo 200/94, 2ª Secção; AcTC 436/00, Processo AcTC *Português* N.º 628/2006, Processo n.º 502/2006, 2ª Secção.

¹¹⁰³ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p. 398.

representación visual de los rasgos físicos de la persona sobre un soporte cualquier, sea por vídeo, fotografía, pintura, dibujo, caricatura, etc¹¹⁰⁴. Además, en congruencia con el dinamismo de la imagen humana, igualmente están comprendidas, en el cometido del derecho en causa, todas las posibles captaciones del *cuerpo del individuo*, configurando, de este modo, como defiende ORLANDO DE CARVALHO, su protección *imagética*¹¹⁰⁵. En este sentido, se confirma, igualmente, que la imagen tampoco se reduce al rostro del individuo, sino que la protección constitucional se aplica a todas las evocaciones personales *visibles* del aspecto físico externo que emanan del titular.

Pretende, pues, el derecho portugués proteger un bien jurídico eminentemente personal, que tiene estructura de libertad fundamental y que otorga al titular el dominio sobre la propia imagen el cual determina quién y en qué medida la puede registrar o divulgar¹¹⁰⁶. Se suele admitir en la doctrina lusitana que el contenido del derecho a la propia imagen se divide en: 1) el derecho a definir su propia *auto-exposición*, el derecho a no ser fotografiado, ni de ver su imagen expuesta al público sin su consentimiento; 2) el derecho de no ver representada la imagen en forma gráfica o montaje ofensiva y maliciosamente distorsionada o infiel¹¹⁰⁷. En este sentido, en varias ocasiones el Alto Tribunal de Portugal ha establecido que “com o direito à imagem, por sua vez, visa-se salvaguardar o direito de cada um a não ser fotografado nem ver o seu retrato exposto em público, sem o seu consentimento e, bem assim, o direito a não ser apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel¹¹⁰⁸”. No obstante, en mi visión personal, se ha de tener cuidado al referirse a este segundo aspecto de protección de la imagen humana, que defiende la doctrina y la jurisprudencia de Portugal¹¹⁰⁹. Es necesario, en principio, distinguir entre la *alteración material*, que se

¹¹⁰⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...cit.*, p. 753.

¹¹⁰⁵ CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1970, p. 72; AcTC *Português* Nº 263/97, Processo nº 179/95, 1ª Secção; AcTC *Português* Nº 631/2005, Processo n.º 49/05, 2.ª Secção.

¹¹⁰⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. “Sobre a reforma do Código Penal *Português...cit.*, p. 494.

¹¹⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed...cit., p.467; REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil...cit.*, p. 86; ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...cit.*, p.143-4.

¹¹⁰⁸ AcTC *Português* Nº 263/97, Processo nº 179/95, 1ª Secção; AcTC *Português* N.º 319/95, Processo 200/94, 2ª Secção; AcTC *Português* Nº 423/95, Processo 177/94, 2ª Secção; AcTC *Português* Nº 631/2005, Processo n.º 49/05, 2.ª Secção; AcTC *Português* Nº 628/2006, Processo nº 502/2006, 2ª Secção.

¹¹⁰⁹ En este sentido, MORAES (Walter. “Direito à própria imagem (II) *in: Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 444, out. 1972, p. 11-28) analizando la legislación alemana sobre el derecho a la propia imagen plantea que: “Quanto à usurpação, à falsificação, à adulteração, à modificação – por mais evidente que possa parecer a ilicitude de tais atos e, por conseguinte, a faculdade de o sujeito obstar-lhes a perpetração,

hace por trucos técnicos; y la *alteración intelectual*, que es el caso de imágenes sacadas de su contexto y que inducen a juicios o conclusiones erróneas sobre la persona retratada¹¹¹⁰. En la primera de las categorías de distorsión, se ha de aclarar que si se distorsiona o se altera *materialmente* una imagen¹¹¹¹ y ella se torna irreconocible, no será ilícita su utilización por cualquier persona, porque el derecho a la propia imagen protege la imagen que haya sido distorsionada o alterada materialmente que todavía sigue siendo *reconocible*¹¹¹². En este sentido, dentro de esta hipótesis de distorsión material, será preciso no confundir la protección del derecho a la propia imagen con las protecciones del derecho a la identidad personal, del derecho al honor y/o del derecho a la intimidad, dados los innumerables y comunes casos en los que se utiliza la imagen humana como “instrumento” para conculcar otros bienes jurídicos de la personalidad. Este razonamiento también ha de aplicarse a los supuestos de alteración intelectual¹¹¹³.

Ante estas observaciones, es innegable admitir, por tanto, que la Constitución Lusitana de 1976 protege la facultar de excluir (negativa) la posibilidad de representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana. No obstante, una cuestión crucial es saber que los dos aspectos vistos del derecho a la propia imagen, el positivo y el negativo, se insertan en el concepto constitucional que la Constitución de 1976 quiso configurar. En realidad, un debate claro sobre este punto no

o certo é que não os menciona a lei, a não ser implícitos na figura da falsa identidade do art. 307 do CP, ampla de um lado como figura de ilícito penal, mas bastante específica de outro, porquanto não escapa à esfera da identidade”.

¹¹¹⁰ RAVANAS, Jacques. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978, p. 33 y ss; AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.*, p. 24 ; DINIZ, Maria Helena. “Direito à imagem e a sua tutela” *Estudos de direito de autor, direito da...*cit., p. 96-97; DUVAL, Hermano. *Direito à imagem...*cit., p. 45 y ss.

¹¹¹¹ RAVANAS, Jacques. *op. cit.*, p. 33: “La falsification matérielle de l’image des personnes. Cette falsification est le résultat de ruses techniques qui relèvent toutes du trucage. Celui-ci se définit comme l’emploi de procédés habiles pour modifier une image. Le trucage photographique crée l’illusion d’une scène irréaliste; il aboutit à placer les personnes représentées dans une situation qu’elles n’ont pas vécue, il leur attribue un comportement qui n’est pas le leur, en un mot, il altère leur personnalité. A ce titre, il est, semblait-il, une forme de montage dont la notion recouvre une réalité beaucoup plus large».

¹¹¹² *Vid.*: Capítulo II, epígrafe, 2.2

¹¹¹³ RAVANAS, *op. cit.*, p. 37: “Il est inexact de penser que la modification matérielle du cliché, de l’épreuve photographique, est le seul moyen de falsifier une vérité. Bien que non truqué, une image est susceptible de prendre des significations diverses, de telle sorte que la même photographie est couramment utilisée pour illustrer des idées, des réalités différentes et même contraires, en effet, son sens ne dépend pas exclusivement de ce qu’elle montre, de la scène qu’elle révèle. Une suite d’images peut déjà, par le rapprochement des clichés successifs, ou juxtaposés, conduire le lecteur à une réflexion particulière, à une conclusion erronée, le rapprochement de deux ou plusieurs photographies d’une personne dont chacune est pourtant l’expression fidèle d’un moment par elle vécue, peut créer une impression non conforme à celle qu’elle entend donner au public”.

ha sido discutido ni por la doctrina, ni tampoco por la jurisprudencia constitucional de Portugal. Sin embargo, algunos indicativos pueden ayudar a esclarecer este planteamiento. Alegan algunos autores portugueses que la dimensión material de la imagen humana fundamenta la posibilidad de manipulación y, a la vez, su potencial patrimonial¹¹¹⁴. El derecho a la propia imagen establece, pues, el principio fundamental que el retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o lanzado en el comercio sin el consentimiento del titular¹¹¹⁵. Además, no sólo está relacionada a la puesta en comercio, sino que la tutela de la propia imagen también excluye cualquier forma aprovechamiento no consentido, aunque para finalidades ideológico-partidarias¹¹¹⁶. La doctrina de Portugal no está en desacuerdo con la opinión general de que el derecho a la propia imagen se desarrolla en dos vertientes: una positiva y otra negativa¹¹¹⁷. Como sostiene CLÁUDIA TRABUCO, “por um lado, confere às pessoas a faculdade exclusiva de reprodução, difusão ou publicação da sua própria imagem, com carácter *comercial ou não* e, por outro, se caracteriza como o direito que tem a pessoa de impedir que um terceiro possa praticar esses mesmos actos sem a sua autorização¹¹¹⁸”.

A su vez, la jurisprudencia constitucional, para delimitar el concepto constitucional del derecho a la imagen, se remitió al Código Civil portugués: “Com efeito, a referência que nesse artigo (art. 26.1) se faz à imagem, sem qualquer definição, leva-nos a pensar que se quis considerar o que a seu respeito se dispõe no nosso Código Civil, e só isso. *E basta uma leitura do artigo 79 do Código Civil para se concluir que a protecção legal da imagem tem a ver não com aspecto da pessoa e a imagem que dela se tenha, mas sim e apenas com a imagem no sentido de retrato, seja em pintura, simples desenho, fotografia, slide ou filme, impedindo a sua exposição ou o seu lançamento no comércio sem autorização do retratado ou das pessoas citadas no nº 2 do artigo 71º do mesmo Código (...). Quer dizer, o artigo 79º do Código Civil tem em vista proteger a pessoa contra a utilização abusiva da sua imagem (...)*¹¹¹⁹”. Tal remisión, explica

¹¹¹⁴ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p.401.

¹¹¹⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*...cit., p. 753.

¹¹¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. I, Introdução as Pessoas, Os bens. Coimbra Editora: Coimbra, 1997, p.105-108.

¹¹¹⁷ REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil*...cit., p.86.

¹¹¹⁸ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p.405.

¹¹¹⁹ AcTC *Português* N.º 6/84, Processo nº 42/83, AcTC *Português* N.º130/88, Processo 110/86; AcTC *Português* N.º 128/92, Processo 260/90, 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 129/92, Processo 329/90.

MACHADO, se hace porque “a conexão hermenêutica, sistémica e normativa que se estabelece entre os níveis constitucional, civil e penal, permite que também neste domínio o direito civil seja chamado a clarificar os limites dos bens jurídicos em presença¹¹²⁰”. En efecto, insisto, nunca ha llegado al Tribunal Constitucional Portugués una demanda que cuestionara los lucros monetarios de la imagen de alguien que la tenga así usado o se sentido violado en su derecho constitucional. No obstante, la expresión usada en esta decisión “*seu lançamento no comércio sem autorização do retratado*” parece admitir que la tutela constitucional del derecho *in casu* estudiado comprende la posibilidad de aprovecharse el uso de la imagen humana con fines económicos. Además, el propio contexto progresista interpretativo de la Constitución de 1976, se inclina en este sentido, pues existe una clara preocupación constitucional de proteger al derecho como un todo, irradiando todas las posibilidades de lesión que se puedan ocurrir.

Por todo ello, ante la opinión doctrinal y esta definición operacional dada por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Portugal, estimo que la potencia patrimonial del derecho a la propia imagen sí está dentro del concepto constitucional ofertado por el *iter constituyente* de 1976. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen portugués sería pues, coincidente con la opinión de MARIA DA GLÓRIA CARVALHO REBELO que argumenta que tal derecho “*faculta às pessoas a reprodução da própria imagem, com caráter comercial ou não (vertente positiva) visto que, na vertente negativa, é o direito que tem a pessoa de impedir que um terceiro possa captar, reproduzir, ou publicar a sua imagem sem autorização*¹¹²¹”.

3.4 El derecho a la propia imagen y la legislación portuguesa

Tras analizar el concepto el derecho a la propia imagen en el seno de la vigente Constitución Portuguesa, ahora se seguirá con el estudio de tal derecho, examinando algunas leyes que lo desarrollan en el contexto jurídico-positivo portugués. En efecto, lo que intento aquí es indicar y examinar las principales normas en las cuales el derecho a la propia imagen, de cierta forma, tiene protagonismo, para, al fin y al cabo, completar la concepción constitucional que acabo de plantear.

¹¹²⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...cit.*, p.759.

¹¹²¹ REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil...cit.*, p.86.

3.4.1 La protección civil del derecho a la propia imagen

A pesar de la rica historia constitucional portuguesa, no se puede olvidar que en Portugal, antes de la aparición de la Constitución, casi todo el Derecho surgía de las ordenanzas y de los edictos reales que fueron recopilados, en particular, en 1446 y 1603¹¹²². Sin embargo, es importante observar que fue el Código Civil portugués de 1867, aunque de manera tímida, la ley que protagonizó la intención de sistematizar los derechos de personalidad, dentro de los cuales el derecho a la propia imagen es parte integrante. El proyecto de Código Civil, preparado por ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA, profesor de la Universidad de Coimbra, fue promulgado el 1º de Julio de 1868. Recibió claras influencias del Código Napoleón y absorbió el influjo de los principios iusnaturalistas del texto civil austriaco de 1816. Dicha norma fue considerada el punto de partida para la ordenación legislativa de las medidas de protección de la personalidad humana en el ámbito privado portugués. Incluía disposiciones sobre el derecho a la existencia, a la libertad, a la asociación, a la propiedad y a la defensa¹¹²³. Tal ley civil, consagró la desaparición jurídica de la propiedad pre-capitalista y su transformación *de jure* en propiedad plena, capitalista. Se completaba, en esencia, el momento jurídico que liquidaba definitivamente el *Antiguo Régimen* y legitimaba el nuevo orden burgués.

El Título I, libro 1, Parte II, reguló los “derechos originarios”. Del artículo 359 al 368, el Código estableció cuales serían los derechos que resultan de la propia naturaleza de la persona, y que la ley reconocía y protegía como fuente y origen de todos los demás. Como aduce CORDEIRO, fue este primer Código Civil un importante instrumento de evolución legislativo-civil en materia de derechos de la personalidad, pues el desarrollo dado al tema no consta en los códigos civiles de esta 1ª generación, que lo precedieron. Dicha ley revela una explícita congruencia con los influjos

¹¹²² En las ordenanzas se encuentran penas para los que matan o hieren, penas para los autores y divulgadores de cartas difamatorias, penas para los “mexeriqueiros” (quienes atentaban contra la intimidad de la vida privada).

¹¹²³ “Art. 359. Dizem-se direitos originários os que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece e protege como fonte e origem de todos os outros. Estes direitos são: o direito de existência, o direito de liberdade, o direito de associação, o direito de apropriação, o direito de defesa”.

constitucionales de los “derechos del hombre”, del pensamiento filosófico abstracto jusracionalista y de la tradición escolástica naturalista¹¹²⁴.

No obstante, sólo el actual Código Civil Portugués, instituido por el Decreto *Lei* nº 47344, de 25 de noviembre de 1966 y que entró en vigor en julio de 1967, trató el derecho a propia la imagen de forma expresa, en el art. 79 (incisos I a III), como parte del conjunto de los derechos de la personalidad. Sobre estos derechos, es necesario señalar el debate que hubo en la primera mitad del siglo XX: autores como CABRAL DE MONCADA, GUILHERME MOREIRA, JOSÉ TAVARES apoyaron la tesis negativa, mientras que PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, CUNHA GONÇALVES, MANUEL DE ANDRADE, PAULO CUNHA defendían la inserción legislativa de los derechos de la personalidad, tesis ésta que prevaleció en el Código de 1967. Su origen puede ser atribuido al anteproyecto de MANUEL DE ANDRADE, pero fue también elaborado por juristas afamados y entre ellos VAZ SERRA y PIRES DE LIMA. En general, siguió el plan del Código Civil alemán, pero se suele indicar que la parte referente a los derechos de la personalidad tuvo como fuente el Código Civil Italiano de 1942.

3.4.1.1 *El Código Civil*

Como antes he comentado, la legislación portuguesa fue clasificada como progresista por su modo de tratamiento de los derechos de la personalidad. Para ilustrar esta afirmación JANICE HELENA FERRARI afirma que se consideró un avance político el Código Civil portugués en tal materia, pues el reconocimiento de los derechos de la personalidad, de forma expresa, vino a corroborar las iniciativas internacionales (ONU) que buscaban tutelar dichos derechos frente al progreso de la ciencia y la tecnología¹¹²⁵. En el libro I, Título 2º, “Das relações jurídicas”, Secção II, se regulan los derechos de la personalidad. Es de especial relevancia el artículo 70 que, según la doctrina portuguesa, define la “tutela general de la personalidad”¹¹²⁶ en el

¹¹²⁴ CORDEIRO, António Menezes. “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa” em *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, vol. 61, T. III (2001), p. 1233-1238.

¹¹²⁵ FERRARI, Janice Helena. “Direito à própria imagem”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. RT, Ano 1, n. 4, julho-setembro de 1993, p. 145.

¹¹²⁶ REBELO (Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil...cit.*, p. 45-46) alerta que CAPELO DE SOUZA defiende la vigencia de un derecho general de personalidad, inserto en el art. 70,

apartado 1¹¹²⁷. Junto a esa “cláusula general de la personalidad”, la mencionada ley establece algunos derechos de la personalidad específicos, dentro de los cuales consta el derecho a la propia imagen¹¹²⁸. El cometido del Código Civil, como antes se ha visto, sirvió, incluso, de ejemplo para que la jurisprudencia constitucional delimitase el ámbito material del derecho a la propia imagen¹¹²⁹. Por ello, se ha de estimar que no hay una diferencia significativa entre la concepción constitucional y la civil del derecho en estudio. En otras palabras: me inclino a afirmar que el concepto jurídico-civil portugués coincide con el concepto constitucional del derecho a la propia imagen.

En este sentido, el art. 79, del vigente Código Civil de Portugal, dispone que:

“Artigo 79º (Direito à imagem)

1. O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no nº 2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada.
2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou

constituyendo un derecho subjetivo público y privado, absoluto, que tiene por objeto la propia personalidad del titular. Tal derecho sería definido como el real y el potencial físico y espiritual de cada ser humano en concreto, es decir, el conjunto autónomo, unificado, dinámico y evolutivo de los bienes integrantes de la materialidad física y del espíritu, socio-ambientalmente integrados. Coexistiría el derecho general de personalidad con los varios derechos especiales de la personalidad, individualmente previsto en la ley. El profesor OLIVEIRA ASCENSÃO mantiene posición contraria, pues afirma que el concepto de derecho general de personalidad proviene de una creación de la doctrina alemana, cuya existencia se justifica por la no previsión en este ordenamiento de un precepto como el art. 70, del Código Civil portugués. De otro lado, PAIS DE VASCONCELOS critica la construcción del derecho general de personalidad como un derecho subjetivo general. Plantea que no obstante su concepción so sea técnico-jurídicamente imposible, reduce la tutela general de la personalidad, pues tal tutela, por situarse en un nivel superior al de la propia norma jurídica, tiene un ámbito más amplio que un típico derecho subjetivo.

¹¹²⁷ “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

¹¹²⁸ Comenta NETO (Abílio. *Código Civil Anotado*. Ediforum Edições Jurídicas, 14ª ed.: Lisboa, 2004, p.57) que el apartado 2 incluye una prevención cautelar: “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”. Se percibe que el texto concede un amparo preventivo frente a las amenazas de violación, sin precisar cuáles serían los instrumentos que puede requerir el ofendido.

¹¹²⁹ AcTC *Português* N.º 6/84, Processo n.º 42/83, AcTC *Português* N.º130/88, Processo 110/86; AcTC *Português* N.º 128/92, Processo 260/90, 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 129/92, Processo 329/90.

de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.

3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”.

Analizando el texto, se puede percibir, en principio, que el legislador civil portugués de 1967 se refiere al *direito à imagem* y no el derecho a la propia imagen. Como ya he debatido esta cuestión terminológica, no entraré en esta cuestión¹¹³⁰. El segundo aspecto formal que se ha de visualizar en el texto es que la redacción del artículo alude a la propia imagen usando la palabra “*retrato*”. Esa expresión podría suscitar tendencias reduccionistas a la configuración y a la protección de tal derecho, sin embargo, es conveniente mencionar que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional de Portugal admiten que en la tutela del derecho a la imagen se incluyen todas las formas de representación visual de los rasgos físicos de la persona sobre un soporte cualquiera, no reduciéndose al mero *retrato*. El ordenamiento jurídico portugués da, pues, amplio margen a la protección *imagética* de la persona humana. En este sentido, para corroborar esta tesis, en el apartado 2, del propio artículo, se comprueba que el uso de la palabra “*imagen*” por el legislador luso: “ou quando a reprodução da *imagem* vier enquadrada na de lugares públicos, ou (...)”.

No obstante, no sería coherente hacer esta interpretación jurídica sin considerar la Constitución de la República Portuguesa de 1976. El mensaje de este texto constitucional, pluralista y progresista por excelencia, positiva el derecho a la (propia) *imagen* y no únicamente el derecho al (propio) *retrato*. Por ello, para considerarse como adecuada al marco democrático-constitucional portugués, es forzoso interpretar el artículo 79 del Código Civil *conforme a la Constitución*. Para que no se reduzca el radio de efectividad constitucional es menester inclinarse por el entendimiento de que la palabra *retrato* comprende todas las potenciales formas de concreción de la imagen, siendo que su “objeto é o retrato físico da pessoa, em pintura, fotografia, desenho,

¹¹³⁰ Vid.: Capítulo III, epígrafe 3.3.1

slide, ou outra qualquer forma de representação gráfica (...) domina uma noção ampla do conceito de retrato, de modo a abranger todas as formas de representação visual dos traços físicos da pessoa sobre um suporte qualquer, seja por vídeo, fotografia, pintura, desenho, caricatura, silhueta ou mesmo através da utilização de um sósia ou do recurso à montagem”¹¹³¹. Creo, pues, que por la propia idea de esta *Lei* no sería adecuada una interpretación que redujera el ámbito material de la imagen a la concreción del “retrato”. Por supuesto, el concepto civil portugués de imagen debe tener una radio de actuación más grande que el que implica la palabra “retrato”. Deben considerarse protegidas, insisto, todas las formas de concreción que la imagen pueda tener, además del simple retrato de la persona.

Continuando el análisis del apartado 1, del mencionado artículo, se ha de notar la ausencia de la prohibición a la *captación* de la imagen. El texto se refiere únicamente a su exposición, a su reproducción y a su puesta en comercio. Existió una discusión doctrinal a respeto de esta omisión, es decir, si la captación también sería considerada ilícita, pues la fuente de inspiración de la redacción de este texto en el Código Civil ha sido el artículo 96, de la ley italiana de derecho de autor n° 633, de 22 de abril de 1941. No obstante, la experiencia portuguesa tiende a estimar que la captación igualmente debe estar comprendida en la tutela del derecho a la propia imagen¹¹³², pues la respuesta a esta discusión, según algunos autores, se encuentra en el Código Penal Portugués¹¹³³, precisamente en el art. 199, apartado 2; “a”:

“Artigo 199º Gravações e fotografias ilícitas:

(...)

2(...)

¹¹³¹ CARVALHO, CARDOSO y FIGUEIREDO (Alberto Arons de; Antônio Monteiro; João Pedro. *Direito da ...cit.*, 2005, p. 230). Esa parece ser la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia de Portugal. Es interesante consultar la jurisprudencia constitucional antes referida: AcTC *Português* N.º 6/84, Processo n.º 42/83, AcTC *Português* N.º 130/88, Processo 110/86, AcTC *Português* N.º 128/92, Processo 260/90, 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 129/92, Processo 329/90; 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 319/95, Processo 200/94, 2ª Secção; AcTC 436/00, Processo AcTC *Português* N.º 628/2006, Processo n.º 502/2006, 2ª Secção.

¹¹³² CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito...cit.*, 2005, p. 230.

¹¹³³ TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem”...cit., p.408; CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada...cit.*, p. 324.

- a) *Fotografar ou filmar* outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado;”

No me sería lícito, probablemente, confundir la tutela penal con la tutela civil. Son dos textos que exigen interpretaciones distintas. De hecho, la interpretación que se hace de un texto penal, en la mayoría de los casos, debe tener un alcance restrictivo, pues la materia penal, por su naturaleza, se dedica a las restricciones de la libertad. De otra parte, a la norma civil, normalmente, se le suele dar una apertura interpretativa al cometido de sus textos. No obstante, como aquí se trata de conceder mayor eficacia a un derecho individual de rango constitucional, quizás la doctrina portuguesa haya entendido que la unidad del Derecho, articulando una interpretación conjunta de las dos normas legales mencionadas, sea la mejor opción indicada para dirimir tal duda conceptual. De hecho, no sería lógico aceptar la idea de que la captación no consentida, injustificada, y fuera de cualquier contexto que la autorice, no configurase una violación al derecho a la propia imagen del titular. No hay motivos, en principio, que justifiquen la exclusión de la captación en ámbito normativo de la mencionada tutela.

También se ha de observar, en el mismo apartado, la manifiesta preocupación del legislador civil portugués por establecer una protección *post mortem* al derecho a la propia imagen. Esta previsión tiene una innegable congruencia con la idea que he relatado en el apartado dedicado a la tutela de los bienes de la personalidad, tras el fallecimiento del titular del derecho¹¹³⁴. Representa la intención de conferir una amplia tutela político-legislativa portuguesa al asunto, indicando los legitimados para proteger el halo de la memoria del de *cuius*.

Ahora bien, el siguiente apartado del artículo 79, del Código Civil, prevé los supuestos en los cuales no se requiere el consentimiento del titular del derecho para que se use su imagen. En el texto, se establecen tres criterios comunes en las normas que versan sobre el asunto: *ratione personae*, *ratione loci* y *ratione materiae*. La primera de las excepciones es la notoriedad de la persona retratada. Parece que el texto de la ley hace una distinción entre notoriedad y persona pública, pues se refiere, expresamente, la excepción del consentimiento en el supuesto de la *notoriedade* y al “cargos em que

¹¹³⁴ *Vid.*: Capítulo I, epígrafe 1.6.2.2

desempenhe”. Se está, pues, delante del criterio *subjetivo (ratione personae)*, el cual la Ley quiere positivizar como legítimo límite al derecho a la propia imagen. No obstante, es oportuno informar que hay voces en la doctrina lusitana coincidentes con mi pensamiento anteriormente defendido¹¹³⁵. En este sentido, autores como CARVALHO, CARDOSO y FIGUEIREDO mantienen que la dispensa del consentimiento del titular no podrá comportar las imágenes que están sin conexión con el ejercicio de los cargos o actividades por los cuales son conocidas, como, por ejemplo, en situaciones de ocio¹¹³⁶. REBELO plantea que existen dos tipos de límites que se aplican a ciertas personas de relevancia pública: “as pessoas notórias” y a las “pessoas que desempenham cargos públicos”. Revela que se reconoce los siguientes requisitos para la divulgación de la imagen de las personas notorias: “a) Que se trate de uma pessoa popular, notória ou famosa; b) Que a divulgação da imagem obedeça exclusivamente ao fim de satisfazer a exigência pública da veracidade da informação; c) Que as imagens assim difundidas de uma pessoa, sem o seu consentimento, não se refiram à sua vida privada”. Se ha de interpretar, en líneas generales, que estos requisitos, en cierta forma, tienden también a estar de acuerdo con la postura de defensa del derecho a la propia imagen que he propuesto: la material, teleológica, pues el razonamiento de la autora hace preponderar el criterio *ratione materiae* u objetivo, teleológico, ante a cualquier otro que se invoque¹¹³⁷.

Sin embargo, la inclusión del criterio *ratione materiae* en el CC puede ser observada cuando el precepto en análisis dispone sobre las exigencias de seguridad pública (policía y justicia) como legítimas para restringir el derecho a la propia imagen. El apartado plantea la manifiesta importancia que este límite objetivo impone al derecho a la propia imagen y los cuidados que deben ser tomados para tal medida. Igual razonamiento se ha de aplicar a las finalidades científicas, didácticas o culturales. Es cierto que el interés público sí puede imputar restricciones razonables al derecho individual a la propia imagen, cuando se está en presencia de circunstancias que favorecen la formación de la opinión pública de la sociedad política¹¹³⁸.

¹¹³⁵ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.9.2.2 y ss.

¹¹³⁶ CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito...cit.*, p. 230.

¹¹³⁷ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.9.2.2, y en el mismo sentido REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação ...cit.*, p. 91

¹¹³⁸ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.9

Siguiendo el examen del texto, se constata que el legislador civil portugués también ha estimado oportuno establecer el criterio *ratione loci*, cuando regula que tampoco será necesario el consentimiento del titular de la imagen “quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente”. Esta parte del texto ha recibido algunas críticas de la doctrina portuguesa. Lo que se indica como fallo en esta redacción es que se confina la protección del derecho a la propia imagen a contextos y límites del derecho a la intimidad de la vida privada¹¹³⁹. Analizando literalmente el texto del aludido apartado, pueden separarse tres supuestos de restricción a la imagen de una persona, que, a mi juicio, se pueden resumir en dos. La primera sería cuando se reproduzca una imagen en que el titular esté en un lugar público. El mismo razonamiento se aplica al final de la frase del apartado, cuando admite la licitud de la hipótesis en que se utilice la imagen cuando los hechos hayan ocurrido públicamente. Tienen estas dos partes del texto un mensaje común: si la persona está en locales considerados públicos o en que haya publicidad, es lícito que se le capten, publiquen y divulguen su imagen. No sería coherente entrar en colisión con mi anterior opinión de que la individualidad de la persona debe ser asegurada independiente del lugar en que ella esté¹¹⁴⁰. Por ello, en este punto, estimo la procedencia de la citada crítica doctrinal y, *data venia*, la inadecuación de esta previsión legal. El segundo permiso dado por el mencionado artículo sería que se utilizase la imagen de alguien cuando está relacionada con hechos que reclamen un *interés público*. Esta posibilidad está en consonancia con lo que he planteado sobre el criterio material de limitación del derecho a la propia imagen, pues cuando un hecho se revele de interés público, es decir, cuando realmente se haga indispensable que se use la imagen de alguien para resolver alguna necesidad imperante para la colectividad, lógicamente se justifica la imposición de una legítima restricción al derecho individual¹¹⁴¹. Desde este punto de vista, en mi opinión, habría sido más coherente el legislador lusitano si hubiera optado por establecer sólo esta previsión.

¹¹³⁹ SÁ, Domingo Silva Carvalho de. “O Direito à imagem”...cit., p. 109, ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...*cit., p.145.

¹¹⁴⁰ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.9.2.4

¹¹⁴¹ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.9.2.2

Terminando el examen del art. 79, el apartado 3 dedica especial atención a la protección del honor del titular. Esta es una herencia directa de la legislación italiana, que influyó, con cierta profundidad, en la redacción de este artículo. Juzga ilícita la utilización de la imagen, para cualquier finalidad, cuando ofenda la *honra*, la reputación o el simple decoro de la persona retratada. Se ve, pues, una preocupación con la vertiente moral e indisponible del bien jurídico de la propia imagen, pero difuso y confuso con la tutela del derecho al honor. Por ello, *data venia*, sería más congruente si el legislador civil no hubiera previsto esta normativa en el artículo dedicado a la protección del derecho a la propia imagen.

3.4.1.2 El Código de Publicidade, La Lei de Imprensa

En el ordenamiento jurídico portugués, también se ha de estimar como relevante para el derecho a la propia imagen el *Decreto-Lei* 330/90, de 23 de octubre, el Código de Publicidade¹¹⁴². Establece tal norma que la actividad publicitaria se rige por algunos principios estructuradores, previstos en el seno de su texto legal. Se ha de destacar, pues, los artículos 7º (“principio da *licitude*”), 8º (“principio da *identificabilidade*”), 10º (“principio da *veracidade*”) y el 12 (“principio do respeito aos direitos do consumidor”). Atendiendo al principio de la licitud, la actividad publicitaria debe respetar el derecho constitucional a la propia imagen. Se prohíbe expresamente, en el artículo 7º, que la publicidad ofenda los valores, principios e instituciones fundamentales constitucionalmente protegidos, y que tampoco se pueda utilizar, sin autorización previa, la imagen o las palabras de la persona:

“Art. 7. (Principio da *licitude*)

1. É proibida a publicidade que, pela sua forma, objecto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados.
2. É proibida, designadamente, a publicidade que:

¹¹⁴² Alterado por los *Decretos-Leis* n° 74/93, de 10 de Marzo; 6/95, de 17 de Enero; 61/97, de 25 de Marzo; 275/98, de 9 de Septiembre; y por la *Lei* n° 31-A/98, de 14 de Julio.

e) *Utilize, sem autorização da própria, imagem ou as palavras de alguma pessoa*”.

Se ha de notar, por tanto, que la redacción del artículo se relaciona, de forma intrínseca, con lo que he planteado en todo este trabajo. Por un lado, se prevé que la publicidad, desde un punto de vista formal o material, está condicionada a los *valores, principios e instituciones fundamentales* ubicados en la Constitución. Es inevitable, entonces, estimar como ilícita la publicidad que ofenda la *dignidad de la persona humana, el principio de igualdad y no discriminación y los derechos fundamentales*¹¹⁴³. Por otro, respeta el derecho a la propia imagen tanto en su forma, como en su materia. Utiliza la palabra *propia* en el texto, dando más concreción a los sujetos de la norma. Considera ilegal la publicidad que use la imagen en sí misma considerada, no vinculándola al honor, a la privacidad o a cualquier otro bien jurídico que histórica o factualmente ha sido a ella relacionado. Por ello, es inexorable considerar que el referido *Código de Publicidad* es un avance jurídico conferido por el legislador al derecho a la propia imagen, aunque tal precepto tenga arraigadas connotaciones patrimonialistas.

En cuanto al ámbito normativo civil de protección del derecho a la propia imagen, conviene resaltar que el legislador portugués también se preocupó con tal bien jurídico cuando elaboró la *Lei* n.º 2/99, de 13 de enero, la *Lei de Imprensa*¹¹⁴⁴. Dicha norma regula el derecho a la información, y en el artículo 3º establece que la libertad de prensa tiene como límites el derecho al buen nombre, la reserva de la intimidad de la vida privada, la imagen y la palabra de los ciudadanos para defender el interés público y el orden democrático:

¹¹⁴³ Ana Luísa GERALDES (*O direito da publicidade*. Instituto do Consumidor: Lisboa, 1999, *passim*) da algunos ejemplos de casos denunciados a la Comisión que pune los delitos de la ley (*Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade*) que atacaron la dignidad de la pessoa humana. En uno de estos, los publicitarios hicieron un dibujo con un cuerpo de mujer, en el cual se coloca una cabeza de una vaca, donde la parte correspondiente al cuerpo femenino aparecía dividida en pedazos y con las designaciones propias de piezas de una carnicería, como si de una vaca se tratase y cuya carne se encontrase para venta a trozos. La comisión condenó la empresa por entender que la publicidad constituía una exploración y utilización degradante, ofensiva y lesiva al cuerpo y a la mujer.

¹¹⁴⁴ Rectificada por la *Declaração de Rectificação* n.º 9/99, publicada DR, I-A, n.º 53, de 4 de Marzo de 1999 y alterada por la *Lei* n.º 18/2003, de 11 de Junio.

“Artigo 3º Limites. A liberdade de imprensa tem como únicos limites os que decorrem da Constituição e da lei, de forma a salvaguardar o rigor e a objectividade da informação, a garantir os direitos ao bom nome, à reserva da intimidade da vida privada, à *imagem* e à palavra dos cidadãos e a defender o interesse público e a ordem democrática”.

En esta línea, otros artículos de la *Lei de Imprensa* también dedican tutela al derecho a la propia imagen cuando se refieren a los derechos de respuesta y de rectificación¹¹⁴⁵, a la responsabilidad civil¹¹⁴⁶ y a los aspectos especiales procesuales que están insertos en la ley¹¹⁴⁷. Se visualiza que esta *Lei* es acorde con el sistema protector de la persona humana otorgado por la vigente Constitución Portuguesa, sea la persona considerada desde un punto de vista individual, sea integrada en el cuerpo social. Se ha de concluir, pues, que el ordenamiento jurídico portugués establece algunas directrices imprescindibles para el desarrollo instrumental-democrático del derecho a la comunicación social, en las cuales el derecho a la propia imagen, formal y materialmente, se encuentra garantizado.

3.4.1.3 La protección de datos y el derecho a la propia imagen

Una importante ley portuguesa, la *Lei 67/98, de 26 de outubro*, de protección de datos personales, la cual tiene como objetivo adecuarse a la Normativa 95/46/CE del Parlamento Europeo, también se vincula, en cierta forma, con el derecho a la propia imagen¹¹⁴⁸. Debido a que el objetivo de este trabajo, más que un desarrollar un análisis pormenorizado, es alcanzar una visión sintética, no sería sensato enfocar todas las reglas operacionales previstas en la *Lei 67/98*. Por ello, me dedicaré a analizar los conceptos que sirven de hilo conductor para la interpretación de las normas que pueden suscitar un contacto mediato o inmediato con el derecho a la propia imagen. Después de ver la idea protectora de la ley, la cual induce a establecer algunos parámetros de justificación material como punto de partida, intentaré examinar si sus demás artículos se adhieren a tal mensaje como línea interpretativa.

¹¹⁴⁵ Arts. 24, 25, 26 y 28.

¹¹⁴⁶ Arts. 29 y, 31.

¹¹⁴⁷ Art. 39.

¹¹⁴⁸ Que derogó las leyes nº 10/91, de 29 de Abril, y Nº 28/94, de 29 de Agosto.

En efecto, la referida *Lei* proclama como su principio general y orientador que el tratamiento de datos personales debe procesarse de forma transparente, con estricto respeto a la reserva de la vida privada y por los derechos, libertades y garantías fundamentales¹¹⁴⁹. Concretamente, sobre el derecho a la propia imagen, establece el artículo 3º que:

“Artigo 3º. Definições

Para efeitos da presente lei, entende-se por:

- a) «Dados pessoais»: qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e *imagem*, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade *física*, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;”

Es incuestionable deducir de esta lectura que, en realidad, la mencionada ley tiene por objeto el derecho a la *autodeterminación informativa*¹¹⁵⁰. No obstante, en este instrumento legal, se considera la imagen como un medio de información personal, esto es, un *dato personal*. Se infiere de la *mens legislatoris* que el derecho a la propia imagen está, por tanto, inserto en este deber de respeto impuesto por la dicción legal. Creo que esta tutela existe dado el progresivo *mercado de imágenes* que actualmente está en boga¹¹⁵¹. Por ello, nada más congruente que razonar sobre este aspecto de información personal que también procede de la imagen humana.

Define la ley su ámbito de actuación jurídica, que se centraría en el uso por el comercio de los ficheros o manuales de datos automatizados (o no automatizados),

¹¹⁴⁹ Art. 2º.

¹¹⁵⁰ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.7

¹¹⁵¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*cit., p.754.

disociando de tal radio de aplicación los ficheros que son utilizados exclusivamente para fines personales o domésticos. La ley comprende los supuestos de vídeo-vigilancia y otras formas de captación, tratamiento y difusión de sonidos e imágenes, que permiten identificar personas, siempre que el responsable por el tratamiento esté domiciliado o radicado en Portugal, lo que en otras palabras quiere decir que la Ley de Protección de Datos sirve como parámetro para las otras leyes que se dediquen a regular el sistema de vídeo-vigilancia¹¹⁵². Para ello, primando criterios razonables y proporcionales, impone esta norma que los datos personales, y entre ellos está la hipótesis del uso de la imagen humana, deben servir para finalidades determinadas, explícitas y legítimas, no pudiendo ser posteriormente tratados de forma incompatible con esas finalidades. Los datos tienen que ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a las finalidades para que hayan sido recogidos. Deben ser exactos y, si necesario, actualizados, debiendo ser tomadas las medidas pertinentes para asegurarse que sean apagados o rectificadas los datos inexactos o incompletos, teniendo siempre en cuenta las finalidades para las cuales han sido captados. Además, se establece que los datos deben ser conservados de forma que se permita la identificación de sus titulares *únicamente* durante el periodo necesario para la consecución de las finalidades¹¹⁵³.

No obstante, quizás sea el artículo 6º uno de los pilares de este instrumento legal, el cual regula que, como regla general, para que sea *legítimo* el uso de los datos personales, se impone que se solicite la *autorización inequívoca* del titular¹¹⁵⁴. Es decir, la ley instituye el principio del consentimiento, de limitación *voluntaria*, como principal criterio para la captación de dichos datos. Sin embargo, tal artículo también prevé algunas situaciones, las cuales, en mayoría, admiten la utilización de los datos sin que sea preciso el otorgamiento de tal consentimiento, configurando, pues, la posibilidad de

¹¹⁵² Art. 4.4

¹¹⁵³ Art. 5º.

¹¹⁵⁴ “Artigo 6.o (Condições de legitimidade do tratamento de dados). O tratamento de dados pessoais só pode ser efectuado se o seu titular tiver dado de *forma inequívoca o seu consentimento* ou se o tratamento for necessário para: a) Execução de contrato ou contratos em que o titular dos dados seja parte ou de diligências prévias à formação do contrato ou declaração da vontade negocial efectuadas a seu pedido; b) Cumprimento de obrigação legal a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; c) Protecção de interesses vitais do titular dos dados, se este estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; d) Execução de uma missão de interesse público ou no exercício de autoridade pública em que esteja investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados; e) Prossecução de interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de terceiro a quem os dados sejam comunicados, desde que não devam prevalecer os interesses ou os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados.

existencia de excepciones a tal facultad. En este sentido, la primera sería si el tratamiento de los datos personales fuera imprescindible para la ejecución de un *contrato* en que el titular de los datos sea parte, o en el momento de las diligencias previas a la formación del contrato, o en la hipótesis de declaración de voluntad. Es innegable admitir que este supuesto no configura una excepción a la regla general de la autorización *voluntaria*, pues si tal situación se refiere a un *contrato*, que por contexto de la norma es *bilateral*, la figura del consentimiento estará presente en tal acto. Faculta la *Lei* la posibilidad de que el titular niegue dar su consentimiento, y de este modo no se perfeccionaría el instrumento objeto del *pacto*.

Se configura, no obstante, una verdadera excepción, cuando la ley dispensa el consentimiento en los casos en que el responsable por el tratamiento de los datos personales está cumpliendo una obligación legal que esté sujeto. En este caso, ha de prevalecer el principio de presunción de legitimidad de la ley, y tal restricción debe ser acorde con los requisitos para limitar un derecho fundamental. Otro supuesto que se podría conformar como una restricción al derecho a la propia imagen es cuando está en juego la protección de intereses vitales del titular de los datos, si este se encuentra física o legalmente incapaz de dar su consentimiento. Revela esta hipótesis la preocupación con el individuo, dada imposibilidad fáctica o jurídica de manifestar su voluntad, empero, la expresión *intereses vitales* no puede tener una connotación demasiado abierta, para estimar de forma insensata lo que es vital o no para la persona. Una interpretación que concibo para tal disposición sería la que razona que el interés vital es el interés imprescindible para la dignidad de la persona. El legislador portugués también previó la posibilidad del uso de los datos personales sin la autorización de su titular en el supuesto de que se fuera a ejecutar una misión de *interés público* o cuando el responsable del tratamiento (o un tercero a quien los datos sean comunicados) estuviera en el ejercicio de autoridad pública en que esté investido¹¹⁵⁵. Configura, por tanto, este supuesto una hipótesis en que el interés público prevalece ante el derecho individual. Por último, la ley prevé que será lícita la restricción de la letra “e”, que permite que el responsable por el tratamiento de los datos los utilice para la prosecución de intereses

¹¹⁵⁵ Una autoridad pública, de acuerdo con los principios del Derecho Administrativo, nunca podría ejercer sus atribuciones sin estar vinculada a los términos en que la ley las autoriza. Si hiciera lo contrario, estaría cometiendo un flagrante desvío de finalidad o un ilícito abuso de poder. Por ello, se estaría, de nuevo, en un caso en que la *ley* y no la autoridad personalmente identificada estaría permitiendo la excepción al derecho individual de la persona.

legítimos, *desde* que no se encuentre en una situación en que *deban prevalecer los intereses o derechos, libertades y garantías del titular de los datos*. No dice esta disposición legal cuáles serían estos intereses legítimos y ni cómo evaluar la situación de prevalencia de los intereses o derechos, libertades y garantías del titular de los datos, sin embargo, se ha de observar que debe inspirarse el responsable por el tratamiento de los datos en los principios de vínculo material establecidos en la Ley y en las garantías protectoras de la persona humana, dispuestas en la parte dogmática de la Constitución Portuguesa.

En este sentido, aún cuando los datos personales estén recogidos sin el inequívoco consentimiento del titular, la ley impone el deber de información posterior en el artículo 10.3, el cual dispone que “se os dados não forem recolhidos junto do seu titular, e salvo se dele já forem conhecidas, o responsável pelo tratamento, ou o seu representante, deve prestar-lhe as informações previstas no n.º 1 no momento do registro dos dados ou, se estiver prevista a comunicação a terceiros, o mais tardar quando da primeira comunicação desses dados”. Sin embargo, tal obligación de información podrá ser dispensada, mediante disposición legal o deliberación de la CNPD fundada en motivos de seguridad del Estado y prevención o investigación criminal, bien cuando se trate de datos con finalidades estadísticas, históricas o de investigación científica. La información al titular de los datos tampoco podrá realizarse si la CNPD concluye que tal acto es imposible o implica esfuerzos desproporcionados o cuando la ley determina expresamente el registro de datos o su divulgación. Se incumplirá tal deber de información cuando el registro de datos fuera efectuado para fines exclusivamente periodísticos o de “expressão artística o literaria”. Es indiscutible notar que tales posibilidades, en las que no es necesario solicitar el consentimiento del titular, son situaciones que exigen que el interés público marque los casos de restricción sobre el interés particular. Sin embargo en el último supuesto, es forzoso tener cierto cuidado con la “expressão artística o literaria” inserta en la parte final del texto, por todas las connotaciones que pueden suscitar la palabra *artística*. Desde el momento que son legítimas, es decir, desde que obedezcan el primado de conexión sustantiva de

necesidad pública, las excepciones previstas en el texto del artículo 6º parecen estar en consonancia con la realidad constitucional democrática contemporánea¹¹⁵⁶.

Siguiendo esta línea de razonamiento, al principio general del consentimiento, que se destaca como el medio fundamental de protección del ciudadano, la *Lei* otorga, además del derecho de información del artículo diez¹¹⁵⁷, el derecho de acceso (art. 11¹¹⁵⁸), el derecho de oposición (art.12¹¹⁵⁹), el derecho a “insurgir” contra decisiones individuales automatizadas (art. 13¹¹⁶⁰) y la responsabilidad civil (art. 34¹¹⁶¹).

¹¹⁵⁶ Este razonamiento también debe ser invocado cuando se interpreta todas las demás normas de la Ley, como por ejemplo el art. 7º, el cual se refiere a los datos sensibles.

¹¹⁵⁷ “Artigo 10º. Direito de informação. 1. Quando recolher dados pessoais directamente do seu titular, o responsável pelo tratamento ou o seu representante deve prestar-lhe, salvo se já dele forem conhecidas, as seguintes informações: a) Identidade do responsável pelo tratamento e, se for caso disso, do seu representante; b) Finalidades do tratamento; c) Outras informações, tais como: Os destinatários ou categorias de destinatários dos dados; O carácter obrigatório ou facultativo da resposta, bem como as possíveis consequências se não responder; A existência e as condições do direito de acesso e de rectificação, desde que sejam necessárias, tendo em conta as circunstâncias específicas da recolha dos dados, para garantir ao seu titular um tratamento leal dos mesmos. 2. Os documentos que sirvam de base à recolha de dados pessoais devem conter as informações constantes do número anterior.

¹¹⁵⁸ “Artigo 11º. Direito de acesso. 1. O titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento, livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos: a) A confirmação de serem ou não tratados dados que lhe digam respeito, bem como informação sobre as finalidades desse tratamento, as categorias de dados sobre que incide e os destinatários ou categorias de destinatários a quem são comunicados os dados; b) A comunicação, sob forma inteligível, dos seus dados sujeitos a tratamento e de quaisquer informações disponíveis sobre a origem desses dados; c) O conhecimento da lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito; d) A rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente lei, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados; e) A notificação aos terceiros a quem os dados tenham sido comunicados de qualquer rectificação, apagamento ou bloqueio efectuado nos termos da alínea d), salvo se isso for comprovadamente impossível. 2. No caso de tratamento de dados pessoais relativos à segurança do Estado e à prevenção ou investigação criminal, o direito de acesso é exercido através da CNPD ou de outra autoridade independente a quem a lei atribua a verificação do cumprimento da legislação de protecção de dados pessoais. 3. No caso previsto no n.º 6 do artigo anterior, o direito de acesso é exercido através da CNPD com salvaguarda das normas constitucionais aplicáveis, designadamente as que garantem a liberdade de expressão e informação, a liberdade de imprensa e a independência e sigilo profissionais dos jornalistas. 4. Nos casos previstos nos n.º 2 e 3, se a comunicação dos dados ao seu titular puder prejudicar a segurança do Estado, a prevenção ou a investigação criminal ou ainda a liberdade de expressão e informação ou a liberdade de imprensa, a CNPD limita-se a informar o titular dos dados das diligências efectuadas. 5. O direito de acesso à informação relativa a dados da saúde, incluindo os dados genéticos, é exercido por intermédio de médico escolhido pelo titular dos dados. 6. No caso de os dados não serem utilizados para tomar medidas ou decisões em relação a pessoas determinadas, a lei pode restringir o direito de acesso nos casos em que manifestamente não exista qualquer perigo de violação dos direitos, liberdades e garantias do titular dos dados, designadamente do direito à vida privada, e os referidos dados forem exclusivamente utilizados para fins de investigação científica ou conservados sob forma de dados pessoais durante um período que não exceda o necessário à finalidade exclusiva de elaborar estatísticas”.

¹¹⁵⁹ “Artigo 12º. Direito de oposição do titular dos dados. O titular dos dados tem o direito de: a) Salvo disposição legal em contrário, e pelo menos nos casos referidos nas alíneas d) e e) do artigo 6.º, se opor em qualquer altura, por razões ponderosas e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objecto de tratamento, devendo, em caso de oposição justificada, o tratamento efectuado pelo responsável deixar de poder incidir sobre esses dados; b) Se opor, a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito previsto pelo responsável pelo

Conviene, además, comentar el Capítulo IV de la referida ley, el cual dispone sobre la *Comissão Nacional de Protecção de Dados*¹¹⁶² (CNPD). Será muy importante esta comisión para la protección de la propia imagen entendida como información personal, pues este órgano administrativo tiene la atribución de controlar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales que se refieren a la protección de datos personales, con riguroso respeto de los derechos humanos y de las libertades y garantías consagradas en la Constitución y en la ley¹¹⁶³. La CNPD posee la potestad, entre otras, de autorizar o registrar, según los casos, los tratamientos de datos personales; la interconexión de tratamientos automatizados de datos personales; la transferencia de datos personales; *fijar el tiempo de la conservación de los datos personales en función*

tratamento para efeitos de *marketing* directo ou qualquer outra forma de prospecção, ou de ser informado, antes de os dados pessoais serem comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de *marketing* directo ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem despesas, a tais comunicações ou utilizações.

¹¹⁶⁰ “Artigo 13º. Decisões individuais automatizadas. 1. Qualquer pessoa tem o direito de não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, designadamente a sua capacidade profissional, o seu crédito, a confiança de que é merecedora ou o seu comportamento. 2. Sem prejuízo do cumprimento das restantes disposições da presente lei, uma pessoa pode ficar sujeita a uma decisão tomada nos termos do n.º 1, desde que tal ocorra no âmbito da celebração ou da execução de um contrato, e sob condição de o seu pedido de celebração ou execução do contrato ter sido satisfeito, ou de existirem medidas adequadas que garantam a defesa dos seus interesses legítimos, designadamente o seu direito de representação e expressão. 3. Pode ainda ser permitida a tomada de uma decisão nos termos do n.º 1 quando a CNPD o autorize, definindo medidas de garantia da defesa dos interesses legítimos do titular dos dados.

¹¹⁶¹ “Artigo 34. Responsabilidade civil. 1. Qualquer pessoa que tiver sofrido um prejuízo devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer outro acto que viole disposições legais em matéria de protecção de dados pessoais tem o direito de obter do responsável a reparação pelo prejuízo sofrido. 2. O responsável pelo tratamento pode ser parcial ou totalmente exonerado desta responsabilidade se provar que o facto que causou o dano lhe não é imputável”.

¹¹⁶² La Comisión inició su primer mandato el 7 de enero de 1994. Su denominación era *Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados* - CNPDPI. La primera ley de protección de datos fue la Ley 10/91, de 29 de Abril, la cual regulaba la utilización y el control de los datos personales y que preveía la creación de la CNPDPI. La ley sufrió algunas alteraciones con la Ley 28/94 de 29 de Agosto, que aprobó medidas de refuerzo a la protección de datos personales. En 1995, se publicó la Directiva 95/46/CE del Parlamento, de 24 de Outubro de 1995, referente a la protección de datos personales y que impone a los Estados-Miembros un plazo de tres años para su transposición al derecho nacional. En 1998, se promulga la nueva Ley 67/98 de 26 de Octubre, que transpone la Directiva 95/46/CE y que aumenta substancialmente las atribuciones y competencias de la Comisión, que pasa desde entonces a designarse CNPD - *Comissão Nacional de Protecção de Dados*. También en 1998, la Ley 69/98 de 28 de Octubre, regula la protección de datos personales y la defensa de la privacidad en el sector de las telecomunicaciones, transponiendo la Directiva 97/66/CE y que también atribuye más competencias a la CNPD. En 2004, se derogó la Ley 69/98, con la publicación de la Ley 41/2004, de 18 de Agosto, que regula la protección de datos personales en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, transponiendo la Directiva 2002/58/CE. Se publica una legislación complementaria, que da más atribuciones a la *Comissão* como autoridad nacional de control en materias de protección de datos personales relativas a la Schengen (Ley 2/94 de 19 de Febrero) y a la Europol (Ley 68/98, de 26 de Outubro).

¹¹⁶³ Art. 22º.

de la finalidad, pudiendo emitir directivas para determinados sectores de la actividad; asegurar el derecho de acceso a la información, como también del ejercicio del derecho de rectificación y actualización; efectuar, a pedido de cualquier persona, la verificación de la licitud de un tratamiento de datos, siempre que ese tratamiento esté sujeto a restricciones de acceso o de información, e informar a tal persona que ha hecho la realización de la verificación; apreciar reclamaciones, quejas o peticiones de los particulares; deliberar sobre la aplicación de sanciones, promover y examinar los códigos de conducta; emitir directivas relativas al plazo de conservación de los datos, a las medidas de seguridad y a los códigos de conducta para los sectores de la actividad. Además, debe ejercer poderes de autoridad, principalmente, el de ordenar el bloqueo o la destrucción de los datos, prohibir temporaria o definitivamente el tratamiento de los datos personales, advertir o censurar públicamente el responsable del tratamiento de los datos por el no cumplimiento de las disposiciones legales; intervenir en procesos judiciales en el caso de violación de la ley de protección de datos; denunciar al Ministerio Público las infracciones penales y practicar los actos cautelares necesarios y urgentes para asegurar los medios de pruebas.

A su vez, el artículo 27 impone al responsable por el tratamiento de los datos la notificación a la CNPD sobre su actividad. Estarán exentos de esta imposición los tratamientos cuya única finalidad sea la manutención de registros que se destinen a la información del público y que puedan ser consultados por el público en general o por cualquier persona que pruebe tener un legítimo interés. En la misma línea, el artículo 29 y el artículo 30 disponen sobre el contenido imprescindible que deben contener los pedidos de autorización o de notificación a la CNPD. Sobre estos, conviene destacar que dichas normas exigen: las *finalidades* del tratamiento; una descripción de las categorías de titulares de los datos; los destinatarios o categorías de destinatarios a quien los datos pueden ser comunicados y en qué condiciones; la entidad encargada del procesamiento de la información; las eventuales interconexiones de tratamientos de datos personales; el tiempo de conservación de los datos personales; la forma de ejercicio del derecho de acceso de rectificación; la posibilidad de transferencias de datos previstas para otros países.

Ante tales atribuciones y competencias descritas, se denota la extremada relevancia de la citada Comisión. Es incuestionable percibir que tal norma elige el criterio *teleológico* o el de *finalidad intrínseca* para que la CNPD evalúe las autorizaciones y actividades que se desarrollan en materia de datos personales. La institución que quiera utilizar la imagen humana como dato personal tendrá que exponer motivos razonables para su petición, so pena de que tal acto se configure un ilícito ante la *Lei*. Con esta opción, se confiere, seguramente, mayor garantía de protección a la imagen humana, pues no admite que se le use de forma incongruente o desmotivada. La CNPD asume, pues, un papel general de gestión y administración pública de los datos personales. Se constata que la *Lei* 67/98, de 26 de *outubro*, se ha convertido en *lex generalis* en materia de datos personales, pudiendo afirmarse, pues, que se conforma en un instrumento de defensa más en territorio portugués del derecho individual a la propia imagen¹¹⁶⁴.

3.4.1.4 La vídeo-vigilancia

Es oportuno, para una comprensión del uso de los sistemas de vídeo-vigilancia en Portugal, analizar la evolución de los recientes regímenes normativos que se ocuparon del tema. Inicialmente el *Decreto-Lei n.º 276/93*, de 10 de Agosto, "*veio regular o exercício da actividade da segurança privada*", acrecido por el *Decreto-Lei n.º 138/94*, de 23 de Maio. Se derogaron tales decretos-ley con la publicación del *Decreto-Lei 231/98*, de 22 de *Julho*. Esta norma permitía la adopción de *sistemas de vídeo-vigilancia* en el ámbito del ejercicio de la actividad de seguridad privada, los cuales podrían estar a cargo de empresas privadas legalmente constituidas para tanto o de cualesquiera entidades de servicios de «*autoprotecção com vista à protecção de pessoas e bens, bem como à prevenção da prática de crimes*»¹¹⁶⁵. Tal decreto-ley determinó la obligatoriedad de adopción de estos sistemas para el Banco de Portugal, para las instituciones de crédito, para las sociedades financieras y para los establecimientos de restauración y bebidas que dispusieran de salas destinadas a bailes¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁴ La Ley n.º 41/2004, de 18 de Agosto, transpone para el orden jurídico portugués la directiva n.º 2002/58/CE, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la privacidad en las comunicaciones electrónicas.

¹¹⁶⁵ art. 1.º. 3.a) y b).

¹¹⁶⁶ Cf. n.º 1 *Portaria n.º 26/99*, de 16 de Janeiro

No obstante, la sentencia 255/02 (Proceso nº 646/96) del Tribunal Constitucional Portugués, de 12 de Junio de 2002, declaró inconstitucional los números 1 y 2 del artículo 12º, que prevenían la utilización de sistemas de vídeo-vigilancia por parte de las entidades que prestaban servicios de seguridad privada¹¹⁶⁷. El Tribunal consideró que la permisión de la utilización de los referidos aparatos constituía una limitación/restricción al derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada y que, además, se había violado la competencia legislativa de la Asamblea de la República¹¹⁶⁸. De hecho, la línea interpretativa del *decisum* lleva al entendimiento de que cuando se trata de sistemas de vídeo-vigilancia, habrá restricciones de derecho, libertades y garantías (derecho a la propia imagen y derecho a la reserva de la vida privada) y que, por tanto, sería la *lei* que debería decidir en qué medida estos sistemas podrían ser utilizados y, igualmente, asegurar, en una situación de conflicto de derechos fundamentales, cuáles restricciones serían lícitas.

En este contexto, la *Lei nº 29/2003 de 22 de Agosto* autorizó el Gobierno a legislar sobre el régimen jurídico del ejercicio de la actividad de seguridad privada. Este instrumento legislativo tuvo la cautela de afirmar que la utilización de aparatos electrónicos de vigilancia debe asegurar “o respeito pela necessária salvaguarda dos direitos e interesses constitucionalmente protegidos”¹¹⁶⁹. Delegó al Ejecutivo la competencia de definir las reglas que se refieren a tal utilización, estableciendo que el tratamiento de los datos tiene por objeto exclusivamente la protección de personas y bienes. Además, delimita temporalmente la conservación de los datos, garantiza que las personas sepan sobre el uso de dichos aparatos y restringe la utilización a los contornos de lo que dicta la legislación procesal penal. Se publicó, pues, el *Decreto-Lei 35/2004, de 21 de Fevereiro*, que se aplica exclusivamente a las entidades que ejercen la actividad de seguridad privada, en cuanto «função subsidiária e complementar da actividade das forças e dos serviços de segurança pública do Estado»¹¹⁷⁰. Esta norma informa que la prestación de servicios a terceros por entidades privadas tiene por objeto la protección de personas y bienes, la prevención de la práctica de crímenes y la realización de los mismos objetivos de «serviços de autoprotecção» para la

¹¹⁶⁷ En el mismo sentido, la sentencia 207/03 declaró orgánicamente inconstitucional el *art. 52º del Decreto-Lei nº 422/89, de 17 de Dezembro*.

¹¹⁶⁸ Art. 165º, nº 1, “b”.

¹¹⁶⁹ Art. 2º “g”.

¹¹⁷⁰ Art. 1º.1.

organización de las entidades. Dispone que la actividad de seguridad privada comprende la vigilancia de bienes muebles e inmuebles y el control de entrada, de presencia y de salida de personas, la prevención de entrada de armas, substancias y artículos de uso y porte prohibidos o susceptibles de provocar actos de violencia en el interior de edificios o locales de acceso vedado o condicionado al público, principalmente en los establecimientos que se destinen a espectáculos y a convenciones. Igualmente, se incluye en el texto la posibilidad de la protección personal, sin perjuicio de las competencias exclusivas atribuidas a las fuerzas de seguridad; la exploración y la gestión de centrales de recepción y monitorización de alarmes; el transporte, la guardia, el tratamiento y la distribución de valores¹¹⁷¹. En efecto, tal actividad de seguridad privada no se confunde ni puede tener objetivos de obtención de pruebas de ilícitos criminales previstos en la legislación procesal penal¹¹⁷². Veda el apartado 1, del artículo 5º, el ejercicio de la actividad de seguridad privada que tenga por objeto la prosecución de objetivos o el desempeño de funciones correspondientes a las competencias exclusivas de las autoridades judiciales o policiales.

El artículo que más llama la atención es el 13º, pues prevé la posibilidad de medios de vigilancia electrónica. Este precepto establece que las entidades titulares del permiso para el ejercicio de los servicios pueden utilizar aparatos electrónicos de vigilancia, con el objetivo de proteger personas y bienes desde que sean respetados los derechos e intereses constitucionalmente protegidos. Obliga que en los lugares donde se instale el sistema de vídeo-vigilancia, se fije en un local bien visible un aviso que contenga las siguientes palabras: «Para sua protecção, este lugar encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» o «Para sua protecção, este lugar encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som» seguido de una señal identificativa. Se impone que la grabación de imágenes y sonidos debe ser conservada por el plazo máximo de 30 días. Terminado éste, será la cinta destruida, sólo pudiendo ser utilizada cuando establezca la legislación procesal penal. Esta disposición se vincula de forma coherente con la examinada Ley nº 67/98, de 26 de Octubre, cuando prescribe que está inserta en el régimen general previsto en la *Lei da Protecção de Dados Pessoais* para la autorización para la utilización de los medios de vigilancia electrónica, principalmente al que se

¹¹⁷¹ Art. 2º.

¹¹⁷² Expresamente descrito en la Exposición de Motivos.

refiere al derecho de acceso, información, oposición de titulares y régimen sancionador. Por ello, de acuerdo con la *Lei* 67/98, los responsables del tratamiento de imagen y sonido, que actúan en la seguridad privada, están obligados a notificar a la CNPD de su actividad¹¹⁷³, a observar los principios relativos a la calidad de los datos¹¹⁷⁴, a respetar las condiciones de legitimidad y de licitud para actuar en utilizar el sistema de vídeo-vigilancia¹¹⁷⁵ y a asegurar el derecho de información¹¹⁷⁶. En efecto, la intención de la ley, aparte de establecer normas para tal actividad, es dar garantías estatales a sus tutelados en un terreno de creciente importancia actual: la seguridad privada. Es innegable que la vídeo-vigilancia ocupa un papel destacado en este tipo de actividad, y por ello también ha de ser regulada. En este sentido, la idea central del Decreto se basa en la *protecção de pessoas e bens* y obliga a las entidades responsables que se abstengan de utilizar estos medios cuando ellos se constituyan una amenaza, inhiban o restrinjan el ejercicio de derechos, libertades y garantías u otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos. Previstos estos aludidos matices, se comprueba, pues, de cierta forma implícita, la aplicación del principio de proporcionalidad a tal norma.

Aún sobre el tema de seguridad, la *Lei* n° 1/2005 establece algunas directrices que merecen ser examinadas. El objeto de la ley es regular la utilización, y su posterior tratamiento, de sistemas de vigilancia por cámaras de vídeo para la captación y grabación de imagen y sonido en locales públicos de utilización común por las fuerzas y servicios de seguridad. La ley tiene un amplio campo de actuación pues, con acierto, el legislador portugués establece que la aludida norma es extensiva a cualquier otro medio técnico análogo y a cualquier sistema que permita la realización de grabaciones¹¹⁷⁷. En el texto legal no está explícito si el régimen previsto se aplica exclusivamente a las autoridades públicas, pues dice la ley “*fuerzas y servicios de seguridad*”. Empero, como se trata del uso de cámaras de vídeo para la captación y grabación de imagen y sonido en locales públicos de utilización común, se presume que el destinatario de esta norma sea la autoridad pública, indistintamente. La ley, estableciendo un *numerus clausus*, autoriza la utilización de la vídeo-vigilancia que tenga por objetivo: a) la protección de edificios e instalaciones públicas (incluyendo el acceso a ellos); b) la protección de

¹¹⁷³ Art. 27º, nº1.

¹¹⁷⁴ Art. 5º.

¹¹⁷⁵ Arts. 6º, 7º y 8º.

¹¹⁷⁶ Art. 10º.

¹¹⁷⁷ Art. 1º.

instalaciones de interés para la defensa nacional; c) la protección para la seguridad de las personas y bienes, públicos y privados, y prevención de prácticas de crímenes en locales que exista razonable riesgo. De acuerdo con el artículo 3º, de la *Lei* nº 1/2005, sólo con la análisis positiva de la CNPD, se podrá efectuar la instalación de cámaras para tal fin¹¹⁷⁸. Además, el responsable por el tratamiento de imágenes y sonidos es la fuerza de seguridad que tenga jurisdicción en el área de captación o el servicio de seguridad reclamante. Se rige este tratamiento por el dispuesto en la anteriormente analizada *Lei* nº 67/98, de 26 de Octubre, en lo que no haya sido específicamente previsto¹¹⁷⁹.

Es ineludible afirmar que las dos normas tendrían que ser congruentes en su espíritu, pues tratan de cuestiones similares. Confluyen ambas la idea de protección a los derechos individuales ante la necesidad colectiva de información y de seguridad. Por ello, es natural que el mensaje de preocupación por la tutela de la propia imagen, de la reserva de la vida privada y por los derechos, libertades y garantías fundamentales de la *Lei* 67/98, de 26 de Octubre, también trascienda su repercusión jus-interpretativa en la *Lei* nº 1/2005, de 10 de Enero. Es en este sentido que esta ley dispone que en los locales objeto de vídeo-vigilancia que usen cámaras fijas es obligatorio que se informe, en un lugar bien visible, sobre la existencia y la localización de las cámaras de vídeo; sobre la finalidad de la captación de imágenes y sonidos; sobre los derechos de acceso y rectificación y sobre el responsable por el tratamiento de los datos captados¹¹⁸⁰. Como es evidente, la intención de estas directrices no es sólo ofrecer el máximo de información al titular de la imagen de que su derecho individual está siendo tocado, sino también conferir la seguridad de que habrá alguien que pueda ser responsabilizado, si la persona siente que su derecho ha sido vulnerado. Está, igualmente, en esta línea el artículo 5º, que trata del pedido de autorización de instalación de cámaras fijas. Tal petición ha de ser solicitada ante el dirigente máximo de la fuerza o servicio de seguridad respectivo y debe ser instruida con algunos requisitos como la localización; las características técnicas del aparato utilizado; la identificación de los responsables

¹¹⁷⁸ “Artigo 3º. autorização de instalação. 1 — A instalação de câmaras fixas, nos termos da presente lei, está sujeita a autorização do membro do Governo que tutela a força ou serviço de segurança requerente, precedendo parecer da Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD). 2 — *No caso de parecer negativo da CNPD, a autorização não pode ser concedida.* 3 — A competência prevista no n.o 1 é delegável, nos termos legais”.

¹¹⁷⁹ Art. 2º.

¹¹⁸⁰ Art. 4º.

por la conservación y tratamiento de los datos, cuando no sean los responsables por el sistema; *los fundamentos justificativos* de la *necesidad y conveniencia* de la instalación del sistema de vigilancia por cámaras de vídeo; los procedimientos de información al público sobre la existencia del sistema; los mecanismos tendientes a asegurar el correcto uso de los datos registrados; los criterios que rigen la conservación de los datos registrados; el periodo de conservación de los datos, atendiendo los principios de *adecuación y proporcionalidad*, dado el fin a que se destinan. El artículo aún establece que la duración máxima de la autorización será de un año, con posibilidades de renovación, mediante la comprobación de la mantención de los fundamentos invocados para su concesión¹¹⁸¹.

De hecho, creo que la principal aportación material dada por el texto del artículo que se ha acabado de analizar es el criterio de justificación de la necesidad y conveniencia de la instalación del sistema de vídeo-vigilancia. Pese a que todos los otros, formales o materiales, se integran en una unidad indisoluble para que se pueda admitir la referida instalación, si este criterio se configura legítimo es más fácil de entender la estimación o no del suscitado permiso. Eso porque lo que se evalúa son los *motivos* de la instalación, es decir, el requisito *ratione materiae* de la propuesta de captación de la imagen de personas. Sobre la utilización de cámaras portátiles, vale aclarar que siguen los mismos criterios de instalación de las cámaras fijas. No obstante, el artículo 6º admite que, excepcionalmente, cuando las circunstancias exijan que se instale tales aparatos en un tiempo más exiguo, el dirigente máximo de la fuerza o servicio de seguridad puede autorizar la utilización de cámaras portátiles informando en cuarenta y ocho horas la entidad. Si no se concede la autorización o si es negativa la *opinio* de la CNPD, el responsable por el sistema deberá destruir inmediatamente el material grabado¹¹⁸². En efecto, lo que se ha de interpretar del texto del citado artículo es que regula sobre las hipótesis de urgencia para la instalación de las cámaras portátiles, pero también prevé las posibilidades de lo que hacer cuando analizados los requisitos para dicha instalación. Sin embargo, *data venia*, estimo que el legislador

¹¹⁸¹ El art. 12º indica que la autoridad competente para autorizar la instalación de las cámaras mantendrá en registro público todas las instalaciones permitidas, constanding la fecha y el local exactos de la instalación, su requirente, el fin a que se destina, la evaluación de la CNPD y el periodo de concesión y sus eventuales renovaciones.

¹¹⁸² Informa, aún, el artículo que en la utilización de las cámaras portátiles se aplica la *Lei* nº 5/2002, de 11 de Janeiro.

portugués podría haber sido más exacto cuando dice que el material grabado debe ser *imediatamente* destruido en el supuesto de incumplimiento de los criterios. La palabra *imediatamente* no inspira la seguridad que el tema merece. Mejor sería estipular un plazo más objetivo estipulado en horas, días o dentro de un lapso temporal exiguo¹¹⁸³.

Ahora bien, uno de los artículos más importantes de esta ley es el artículo 7º, sobre los principios de utilización de las cámaras de vídeo. Tal disposición establece que la utilización de cámaras de vídeo se rige por el *principio de proporcionalidad*; que sólo serán utilizadas las cámaras de vídeo cuando tal medio *se muestre concretamente el más adecuado* para la manutención de la seguridad y orden públicos o para la prevención de la práctica de crímenes, teniendo siempre en cuenta las circunstancias concretas del local a vigilar. En la ponderación, *in casu*, de la finalidad concreta, serán igualmente evaluados la posibilidad y el grado de afectación de derechos personales que el sistema de utilización de cámaras puede ocasionar. Es inevitable relacionar la coherencia del mencionado artículo con una de las ideas que intento transmitir en esta investigación¹¹⁸⁴. Al tenor de lo expuesto, la redacción de tal precepto parece ser la principal garantía del derecho individual a la propia imagen, cuando ubicado en el contexto de la vídeo-vigilancia. Tiene en cuenta el equilibrio que debe tener el uso de las cámaras de vídeo para la seguridad pública y la protección que la Constitución Portuguesa confiere al bien individual de la imagen humana. Siguiendo este razonamiento, el texto prohíbe expresamente la instalación de cámaras fijas en áreas que, a pesar de estar situadas en locales públicos, estén, por su naturaleza, destinadas al resguardo. Establece la responsabilidad objetiva en esta materia cuando afirma que la utilización de cámaras de vídeo presupone siempre la existencia de riesgos objetivos para la seguridad y el orden públicos. También se refiere a la imagen como instrumento de lesión al derecho a la intimidad al no admitir la utilización de cámaras de vídeo cuando la captación de imágenes y de sonidos se sitúe en el interior de una casa o de un edificio habitado, exceptuando los casos en que los propietarios (o quien habite)

¹¹⁸³ El Tribunal Constitucional *Português*, en el Acórdão N° 407/9, Proc. n° 649/96, 2ª Secção, Relator: Cons. Sousa e Brito (Cons. Bravo Serra); estimó inconstitucional la norma del n° 1 del art. 188 del Código de Proceso Penal, aduciendo que esta no establecía un plazo en el que el juez podía “*decidir atempadamente sobre a junção ao processo ou a destruição dos elementos recolhidos, ou de alguns deles, e bem assim, também atempada-mente, a decidir, antes da junção ao processo de novo auto da mesma espécie, sobre a ma-nutenção ou altera-ção da decisão que ordenou as escutas*”. Además, otros acórdãos se pronunciaron sobre el mismo tema: n°s 347/2001, 528/2003, 379/2004 y 223/2005 y la *Decisão Sumária* n° 324/2004.

¹¹⁸⁴ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.9.2.2

consientan o que haya una autorización judicial para tal acto. Veda, igualmente, la captación de imágenes y sonidos en los locales cuando esa captación afecte, de forma directa e inmediata, la intimidad de las personas, o resulte en la grabación de conversas privadas. Indica que las imágenes y sonidos accidentalmente obtenidos deben ser destruidos de inmediato por el responsable del sistema. Desde mi punto de vista, *data venia*, sería más adecuado que la estructura formal de la *Lei* hubiera establecido los aludidos principios antes de tratar de la autorización para la instalación de las videocámaras. Ello porque los principios han de influir previamente en la decisión de la instalación y posterior utilización tales aparatos técnicos.

La Ley 1/2005 muestra una preocupación residual con respeto a los delitos penales cuando establece en el artículo 8º que una grabación, realizada bajo la tutela de la *lei* registre hechos de relevancia criminal. El responsable tendrá que remitir, en un plazo máximo de 72 horas, al Ministerio Público la cinta de las imágenes y sonidos. Si no es posible tal procedimiento en dicho plazo, indica la ley que se comunique verbalmente. Sobre la conservación de las grabaciones, el artículo 9º aduce que serán guardadas en el plazo máximo de un mes, contado desde la captación de la imagen. Además, impone que todas las personas que hayan tenido o tengan acceso a las grabaciones, en razón de sus funciones, guarden sigilo, so pena de responsabilidad penal. Con excepción de las circunstancias aquí ya descritas, la *lei* prohíbe la cesión o copia de las grabaciones. El artículo 10º asegura los derechos de acceso y eliminación a todas las personas que figuren en las grabaciones. Serán, pues, esos derechos ejercidos, ante el responsable por el tratamiento de datos o a través de la CNPD, en conformidad con la estudiada *Lei* 67/98 de protección de datos personales. No obstante, tales derechos no podrán ser alegados cuando sean susceptibles de constituir peligro para la defensa del Estado o para la seguridad pública, cuando puedan perjudicar una investigación criminal o cuando se configuren una amenaza al ejercicio de derechos o libertades de terceros. En líneas generales, la *Lei* 1/2005, de 10 de Enero, se conecta, intrínsecamente, con lo que he defendido sobre la protección del derecho a la propia imagen cuando relacionado con la seguridad pública. Elige la ley el criterio *ratione materiae* como orientador de las autorizaciones para la vídeo-vigilancia; indica directrices que sirven de garantía tanto para la configuración material o formal del referido derecho y establece algunos procedimientos para la concreción de su defensa.

A su vez, la *Lei 39-A/2005, de 39 de Julho* alteró algunas disposiciones de la ley 1/2005, de 10 de enero, para adecuar el uso del sistema de vídeos en las estradas portuguesas¹¹⁸⁵. Referida ley concedió una autorización legislativa para el Gobierno decretar normas que traten del sistema de vigilancia en este ámbito. Fruto de ese permiso legal, se publicó el *Decreto-Lei n° 207/2005, de 29 de novembro*, que tiene por objeto definir los procedimientos a adoptar para la instalación, por las fuerzas de seguridad, de sistemas de vigilancia electrónica en carreteras; las formas y condiciones para tal utilización; los procedimientos a adoptar para el tratamiento de la información y el eficaz registro de accidentes, infracciones o cualesquiera ilícitos; las formas a través de las cuales las fuerzas de seguridad se coordinan para una efectiva interacción con las empresas legalmente autorizadas a utilizar dichos aparatos (Art. 1º). Por su parte, el art. 2º del referido decreto prevé la posibilidad de la instalación de medios de vigilancia electrónicos para la gestión de las carreteras nacionales que tengan por finalidad la salvaguarda de la seguridad de las personas y bienes, y la mejora de las condiciones de prevención y de represión de las infracciones. No obstante, el decreto establece un criterio normativo de conexión material para este asunto, plasmado en algunos artículos. Establece el artículo 3º que la elección de instalar el sistema de vigilancia no es libre o tampoco goza de una discrecionalidad inmotivada. El planeamiento de la instalación debe tener en cuenta: a) el volumen del tráfico de las vías objeto de vigilancia, b) los riesgos detectados y c) las necesidades. Además, el artículo 3º, con acierto, impone que la instalación de los medios de vigilancia electrónica como también la captación de imágenes deben estar dirigidas, cuando técnicamente sea posible, para los vehículos que sean objeto de la acción de prevención o de fiscalización. En otras palabras: no se puede filmar todo y cualquier vehículo o persona que no tengan un vínculo intrínseco con la finalidad para la cual ha sido instalado el sistema de vigilancia. Regula el mismo artículo, en conformidad con las otras normas que tratan sobre la vídeo-vigilancia, que tales medios, cámaras digitales, vídeos o fotográficas, los sistemas de localización adquiridos por las fuerzas de seguridad deben ser notificados a la CNPD. Este también es el mensaje del artículo 5º, del mencionado decreto, que impone este deber de notificación a las fuerzas de seguridad responsables por el tratamiento de datos y por la utilización de los medios de vigilancia electrónica. Deben informar sobre el modelo de

¹¹⁸⁵ Precisamente el art. 2º, incluyendo una letra “d” en el apartado 1, admitiendo también la prevención y represión de infracciones estatales.

las cámaras, las características técnicas, el número de serie, los locales públicos que permiten observar y el nombre de la entidad responsable por el aparato y por el tratamiento de los datos.

Siguiendo este razonamiento, el artículo 10 establece que los registros, la grabación y el tratamiento de los datos personales tienen lugar, sólo, específicamente para: a) la detección de infracciones y aplicación de las correspondientes normas; b) el control del tráfico, la prevención y socorro en casos de accidente; c) la localización de vehículos hurtados o procurados por las autoridades judiciales o policiales y d) las ocasiones que sirvan de prueba para la legislación procesal penal. En esta línea, el artículo 12 prevé límites a la captación, grabación y tratamiento de los datos. Regula que deben corresponder, estrictamente, *al tipo de acción desarrollada y a la finalidad a la cual se destina* o, cuando captadas en sistemas de entidades concesionarias, obedecer todo el proceso de utilización y los límites por la legislación impuestos. El texto de esta disposición aduce que las fuerzas de seguridad deben eliminar los datos que se revelen excesivos o innecesarios para la finalidad con la que hayan sido captados. A su vez, el artículo 15, impone que los datos sólo serán conservados durante el periodo exactamente necesario para el fin a que se destinan.

En realidad, la citación de esta ley tal vez no sería necesaria si se analizase que la grabación que regula es de la imagen de los coches, no de las personas en sí mismas consideradas. Aunque se pueda interconectar la imagen del coche y las informaciones personales, el bien jurídico que estaría en juego es el derecho a la autodeterminación informativa y no el derecho a la propia imagen propiamente dicho. No obstante, como existe la posibilidad de que se filme también la persona, esta estaría garantizada por el cometido de la ley que argumenta que se grabará sólo lo que sea necesario para el objeto de este instrumento legal. Serían pocas las posibilidades fácticas de que se captase la imagen de una persona en estos casos, si se cumplen estos requisitos sustantivos que la aludida *Lei* califica como vinculantes.

3.4.2 La protección penal del derecho a la propia imagen

Por su esencia, cuando se interpreta la tutela penal, no es adecuado tener el mismo punto de partida que la norma civil. La norma penal ha de ser necesariamente positivada, para surtir una pretendida eficacia, esto es, prevista legalmente y, además, para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita *con anterioridad* a la realización de esa conducta, y el castigo impuesto debe estar especificado también de manera previa por la ley. Estos dos requisitos representan los principios de legalidad y de anterioridad de la norma penal. El principio de legalidad penal es, entonces, un límite a la potestad punitiva del estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos. El principio de anterioridad indica que sólo habrá punibilidad si existe una ley *anterior* a la comisión del delito. De hecho, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos, el derecho a la propia imagen, como bien jurídico autónomo, no merece protección penal, únicamente civil¹¹⁸⁶. Normalmente se suele insertar en la protección que se confiere a la intimidad. Sin embargo, actualmente, en el ámbito penal portugués, algunas leyes regulan la protección de la imagen de la persona humana. Entre estas, me centraré en las que estimo son las principales.

3.4.2.1 El Código Penal

Nunca una reforma penal ha sido tan ampliamente discutida y debatida en la sociedad portuguesa como la de 1995, principalmente con relación al cuantitativo de las penas y sus repercusiones en el ámbito de la política criminal. Los principales avances se refieren a la materia de la tipología de las reacciones criminales, a los criterios de elección y de medida de la pena, a las penas de sustitución y de las medidas de seguridad y sobre las que el Código Penal de 1982 se revelaba más carente, dado el enorme desfase entre sus intenciones político-criminales y las realidades de su aplicación cotidiana. La reforma de 1995 del *Código Penal Portugués* confirió autonomía típica al derecho a la propia imagen y al derecho a la palabra, los cuales, como se ha visto, son afrontados, tanto por la ley como por la doctrina lusitanas, como derechos que poseen una misma raíz¹¹⁸⁷. Antes integrados en delitos que defendían la intimidad de la vida privada, insertos en el capítulo “Dos crimes contra a reserva da vida

¹¹⁸⁶ SÁ, Domingo Silva Carvalho de. “O Direito à imagem”...cit., p. 108.

¹¹⁸⁷ Vid.: Capítulo III, epígrafe 3.3.2

privada”, figuran ahora en el Capítulo VIII, “Dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais”. Prescribe el artículo 199, del mencionado Código que:

“Artigo 199º

Gravações e fotografias ilícitas

1 - Quem *sem consentimento*:

- a) Gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas; ou
 - b) Utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que lícitamente produzidas;
- é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

2 - Na mesma pena incorre quem, *contra vontade*:

- a) *Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado*; ou
- b) *Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que lícitamente obtidos.*

3 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 197º e 198º”.

Ahora bien, la primera observación que se ha de comentar es la distinción que hizo el Código Penal en la protección de los bienes palabra e imagen. Prohíbe el texto que *sin consentimiento* no se podrá grabar las palabras proferidas por una persona y no destinadas al público. De otro lado, la redacción dedicada a la tutela de la imagen humana dice, expresamente, que se penalizará si es fotografiada o filmada *contra la voluntad* de la persona. De hecho, esta diferencia de trato tuvo reflejos en la doctrina lusa que ve, en este caso, una tutela más circunscrita del derecho a la propia imagen que la ofrecida al derecho a la palabra¹¹⁸⁸. Ambos derechos, aducen CARVALHO, CARDOSO y FIGUEIREDO, tienen la misma dignidad constitucional. Sin embargo, el

¹¹⁸⁸ CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito...*cit., p.221; CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada...*cit., p.310; ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...*cit., p.145; TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem” ...cit., p. 408.

derecho a la propia imagen goza de una tutela más restringida de la que tiene el derecho a la palabra, debido a la mayor exposición de esa, que obliga a admitir una intervención más extensa de las causas de justificación¹¹⁸⁹. La grabación de la palabra será ilícita si es obtenida *sin consentimiento*; mientras que la fotografía de una persona lo será en tanto cuanto esté producida en *contra de la voluntad* de su titular, aunque baste con la voluntad presumida¹¹⁹⁰. En efecto, la redacción legal no considera ilícito el mero acto de fotografiar alguien sin su consentimiento, sino que, en el momento de la captación de la imagen, ha de haber existido claramente una oposición por parte de la persona fotografiada. Se confiere licitud penal, de este modo, a todas las fotografías sobre las cuales el titular ni siquiera tenga consciencia de su existencia¹¹⁹¹.

Es innegable admitir que no sin razón la doctrina portuguesa asume tal postura crítica. La expresión *contra la voluntad* aumenta significativamente las exigencias para la conformación de la figura típica penal y, por consiguiente, reduce el universo de las conductas posiblemente punibles. Aunque se diga que basta la presunción de la voluntad, sólo este esfuerzo de interpretación que la ley abre, que es intentar presumir la voluntad, ya ofrece menos protección que si hubiera optado por mantener la expresión *sin consentimiento*. Igualmente, hay un consenso doctrinal en afirmar que la imagen en el ámbito penal sólo está protegida contra los procesos técnicos de captación, es decir, no hay previsión sobre la ilicitud de la pintura, del dibujo, de la caricatura, etc¹¹⁹². En estos supuestos, tendrá efecto únicamente la tutela civil¹¹⁹³.

Aunque exista una conexión hermenéutica, sistémica y normativa establecida entre la Constitución, el Código Civil y el Código Penal, es oportuno recordar el principio de que no se interpreta la ley penal de forma abierta o extensiva. Hay quien comenta que tanto la exclusión de ilicitud en la ley civil portuguesa (art. 79, 2, CC) *imagen encuadrada en lugares públicos o hechos de interés público*, como también la reducción de la tutela penal, en términos homólogos, acaban por circunscribir la tutela

¹¹⁸⁹CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito...*cit., p.221.

¹¹⁹⁰CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada...*cit., p.310.

¹¹⁹¹TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem” em...cit., p. 408.

¹¹⁹²SÁ, Domingo Silva Carvalho de. “O Direito à imagem”...cit., p. 109.

¹¹⁹³MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*cit., p.759.

de la imagen a contextos y límites de la esfera privada¹¹⁹⁴. Quizás este entendimiento sea reforzado por la penalización impuesta en el apartado 1, “b” del art. 192 del Código Penal (*devassa da vida privada*):

“Artigo 192.º Devassa da vida privada

1- Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual:

a) Interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio electrónico ou facturação detalhada;

b) *Captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objectos ou espaços íntimos;*

c) Observar ou escutar às ocultas pessoas que se encontrem em lugar privado; ou

d) Divulgar factos relativos à vida privada ou a doença grave de outra pessoa;

é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

2 - O facto previsto na alínea d) do número anterior não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante”.

Como se evidencia, tal precepto estima que será punible la conducta de quien, sin el consentimiento y con la intención de invadir la vida privada de las personas, principalmente, la intimidad de la vida familiar o sexual, capte, fotografíe, filme, registre o divulgue la imagen de las personas u objetos y espacios íntimos. En este sentido, formaliza este artículo del Código Penal la posibilidad de que la imagen sirva de instrumento para atacar el derecho a la intimidad. Sin embargo, *data venia*, no puedo coincidir con tal opinión. Lo que está en cuestión es la interpretación que se da a la legislación portuguesa, tanto la penal como la civil. Pensar que las indicadas imperfecciones legales llevan a una comunión entre el derecho a la propia imagen y la tutela de la intimidad sería preferir el criterio *ratione loci* ante el criterio *ratione materiae*. En primer lugar, se ha de tener en cuenta la citada división y autonomía dada por el Código Penal. El delito del art. 192.1, “b” se refiere al uso de la imagen como instrumento de ataque al bien intimidad. Pero, como se ha visto, la imagen puede

¹¹⁹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal...*cit., p.145; SÁ, Domingo Silva Carvalho de. “O Direito à imagem”...cit., p. 109.

adquirir varias formas de ofensa a otros bienes¹¹⁹⁵. Además, eso no quiere decir que la imagen siempre se restrinja a ser sólo un derecho-medio y que no se considere nunca como un derecho-fin. Por ello, es imprescindible examinar tal precepto en la forma en la que el texto quiere transmitir la inserción de la imagen en el seno del derecho a la intimidad, es decir, como potencial medio de lesión a tal bien jurídico de la vida privada, pero que ése bien jurídico no se circunscribe exclusivamente a tal tarea. Por su parte, el texto penal del art. 199º no se refiere al local, público o privado, donde el infractor hace la fotografía o el filme, pues, prohíbe, en efecto, dicho acto “*mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado*”. Se puede sí aplicar aquí el supuesto de vinculación entre la razón sustantiva de la captación de la fotografía (o del filme) y la finalidad y el destino que se da a la proyección de la imagen humana. El texto del mencionado artículo restringe, seguramente, el alcance de la punibilidad, pero no incluye la imagen en el bien de jurídico de la intimidad.

3.4.2.2 El Código de Proceso Penal y las leyes procesales

Por supuesto, el examen de la relación del Código Penal y la imagen humana tiene más relevancia para este estudio pues la intención de este trabajo se enfoca en la propuesta de un concepto, y no propiamente en el análisis de todas las implicaciones operacionales que pueda poseer el derecho a la propia imagen. No obstante, creo que también será oportuno el examen de algunas disposiciones normativas de proceso penal que se conectan directamente con tal derecho, para analizar algunas sentencias del Tribunal Constitucional lusitano que han discutido el uso de la imagen en el proceso penal.

En el Código de Proceso Penal, en el *Livro II - Dos actos processuais*, el artículo 88¹¹⁹⁶ cuida de la publicación, por los medios de comunicación, de los actos

¹¹⁹⁵ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.5 y ss

¹¹⁹⁶ Artigo 88.º Meios de comunicação social 1 - É permitida aos órgãos de comunicação social, dentro dos limites da lei, a narração circunstanciada do teor de actos processuais que se não encontrem cobertos por segredo de justiça ou a cujo decurso for permitida a assistência do público em geral. 2 - Não é, porém, autorizada, sob pena de desobediência simples: a) A reprodução de peças processuais ou de documentos incorporados no processo, até à sentença de 1.ª instância, salvo se tiverem sido obtidos mediante certidão solicitada com menção do fim a que se destina, ou se para tal tiver havido autorização expressa da autoridade judiciária que presidir à fase do processo no momento da publicação; b) A transmissão ou registo de imagens ou de tomadas de som relativas à prática de qualquer acto processual, nomeadamente da audiência, salvo se a autoridade judiciária referida na alínea anterior, por despacho, a autorizar; não

procesuales. Se permite que los órganos de comunicación social, dentro de los límites de la ley, narren, de forma circunstanciada, el tenor de los actos procesales que no se encuentren salvaguardados por el secreto de justicia o los que pueden tener la asistencia del público en general. Empero, tal disposición legal no autoriza, so pena de *desobediência simples*, la transmisión o el registro de imágenes o de tomadas de sonido relativas a la práctica de cualquier acto procesal, principalmente de audiencias, excepto cuando la autoridad judicial la autorice¹¹⁹⁷. No obstante, el texto prohíbe, de forma absoluta, independiente de autorización judicial, la transmisión o el registro de imágenes o tomadas de sonido de *la persona que se oponga* a tal procedimiento. Estimo memorable la lucidez de la redacción de tal artículo, pues atribuye al Estado-juez la competencia para juzgar (debiendo aplicar el criterio de *proporcionalidad*) si los actos procesales tienen el necesario interés público para que se les registre a través de imágenes. No obstante, faculta individualmente al titular la posibilidad de rechazo a dicha reproducción, si este no la considera pertinente. De hecho, la lógica de tal norma se centra en ofrecer protección a quien está siendo aún acusado, pero todavía no condenado por la práctica de un delito penal. La prensa, probablemente, tendrá otros medios menos dañosos para noticiar lo ocurrido en el concreto proceso penal.

Conviene analizar el artículo 167¹¹⁹⁸, del mismo Código, que establece que la reproducción fotográfica, cinematográfica, fonográfica o por medio de proceso

pode, porém, ser autorizada a transmissão ou registo de imagens ou tomada de som relativas a pessoa que a tal se opuser; c) A publicação, por qualquer meio, da identidade de vítimas de crimes de tráfico de pessoas, contra a liberdade e autodeterminação sexual, a honra ou a reserva da vida privada, excepto se a vítima consentir expressamente na revelação da sua identidade ou se o crime for praticado através de órgão de comunicação social. 3 - Até à decisão sobre a publicidade da audiência não é ainda autorizada, sob pena de desobediência simples, a narração de actos processuais anteriores àquela quando o juiz, oficiosamente ou a requerimento, a tiver proibido com fundamento nos factos ou circunstâncias referidos no n.º 2 do artigo anterior. 4 - Não é permitida, sob pena de desobediência simples, a publicação, por qualquer meio, de conversações ou comunicações interceptadas no âmbito de um processo, salvo se não estiverem sujeitas a segredo de justiça e os intervenientes expressamente consentirem na publicação.

¹¹⁹⁷ “Código Penal, Artigo 348º. Desobediência: 1 - Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias se: a) Uma disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples; ou b) Na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação. 2 - A pena é de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias nos casos em que uma disposição legal cominar a punição da desobediência qualificada”.

¹¹⁹⁸ “Artigo 167. (Valor probatório das reproduções mecânicas) 1 - As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal. 2 - Não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no número anterior as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no título III deste livro”.

electrónico, de un modo general, cualesquiera reproducciones mecánicas; sólo tendrán valor probatorio si obtenidas lícitamente. Como se ha de denotar, la redacción del artículo, con acierto y prudencia, impone que el juez examine la licitud de la obtención de este tipo de pruebas, configurando, pues, un instrumento más de garantía para que el titular pueda protegerse contra la obtención ilícita de su propia la imagen. El artículo 250, de la misma norma procesal penal, de modo razonable, prevé la posibilidad de que se utilicen fotografías para la identificación de un sospechoso, desde que *fundadas sospechas* de práctica de ilícitos. Se podrán también usar en el ámbito de las medidas cautelares y de policía, con el fin de conseguir las finalidades procesales¹¹⁹⁹. En la misma línea, el apartado 2 del artículo 4º del *Decreto-Lei n. 275-A/2000, de 09 de Novembro (Lei Orgânica da Polícia Judiciária)* permite que la *Polícia Judiciária*, en las operaciones de vigilancia, con la finalidad de prevenir delitos, si necesario, utilice todos los medios y técnicas de registro de sonido y de imagen. No obstante, tal órgano debe proceder de acuerdo con el dispuesto en el Código de Proceso Penal y en la legislación complementaria que rigen la materia.

A su vez, los artículos 187, 188, 189 y 190, insertos en el Capítulo IV (*Das escutas telefónicas*) del Título III (*Dos meios de obtenção da prova*), del CPP, merecen un comentario más incisivo. El artículo 187 permite, sólo para ciertos tipos de crímenes, la interceptación y grabación de conversaciones o comunicaciones telefónicas, desde que son autorizadas judicialmente y para cumplir finalidades procesales¹²⁰⁰. Además, debe revelarse tal obtención de medio de prueba “de grande interesse para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”. El artículo 188 indica qué formalidades son necesarias para una lícita y legítima producción de estos medios de prueba. El artículo 189 indica la extensión de los medios de prueba, que no son restrictos al propio teléfono y el artículo 190 penaliza con la nulidad todos los actos que no se encuadren en lo que está dispuesto en los arts. 187, 188 y 189. Con la extensión dada por el actual artículo 189 (antiguo 190), que aduce que también se aplica tal regla a las conversaciones o comunicaciones transmitidas por cualquier medio técnico diferente del teléfono, principalmente el correo electrónico u

¹¹⁹⁹ MONTE, Mário Ferreira. “O regitro de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira – Lei n. 5/2002” em *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários. Coimbra Editora: Coimbra, 2004, p.82.

¹²⁰⁰ Alterado por el *Decreto-Lei n.º 317/95, de 28 de Novembro* y por la *Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto*.

otras formas de transmisión de datos por vía telemática; como también a la interceptación de las comunicaciones entre presentes, hizo que se planteara la hipótesis de que la imagen también estuviera inserta en el ámbito del referido artículo¹²⁰¹.

No obstante, he de discrepar con tal posicionamiento. Como he defendido anteriormente, la legislación penal, aunque en aras procesales, no puede ser interpretada de forma demasadamente abierta¹²⁰². Por lógica, está conectada con el principio de legalidad y con el principio de anterioridad. Si no hay una previsión explícita en el mencionado Código, no me parece legítimo que esta regla comprenda la posibilidad de que se incluya ahí un límite al derecho individual a la propia imagen. Sin embargo, el aumento y la evolución de las formas de criminalidad que se evolucionan con el progreso tecnológico, confirieron más fundamentos a la pretensión del Estado en legitimar la utilización de medios que posibilitaran el registro de voz y de imagen como instrumento de prueba en el ámbito penal¹²⁰³. Por ello, el legislador lusitano estimó necesario la publicación de una ley que estableciera medidas de lucha contra a la criminalidad organizada y económico-financiera, dotada de principios que orienten la autoridad pública en el trato de los posibles conflictos con los derechos individuales de la propia imagen y de la palabra de los presuntos acusados. Se publicó, pues, la *Lei 5/2002, de 11 de janeiro* para positivar la posibilidad de usarse la imagen como medio de prueba en el proceso penal. No obstante, dicha previsión no substituye la establecida en el CPP, siendo, pues, una aportación supletoria. El cometido de la *Lei* se trata, en realidad, de una ampliación de los instrumentos de prueba contenidos en el CPP (Código de Processo Penal). Tiene por objeto relativizar las garantías en nombre de una justicia más eficaz en ciertos dominios concretos, como el de la criminalidad organizada y económico-financiera¹²⁰⁴. El principal artículo, en mi opinión, es el artículo 6º, el cual considera admisible el registro de voz y de imagen, por cualquier medio, sin el consentimiento del titular, cuando fuera necesario para la investigación de los crímenes

¹²⁰¹ MONTE, Mário Ferreira. “A interceptação e gravação de conversações e comunicações. O registro de voz e de imagem. Alguns aspectos relevantes do actual sistema processual penal” em *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários. Coimbra Editora: Coimbra, 2004, p.92.

¹²⁰² *Vid.*: Capítulo III, epígrafe 3.4.2

¹²⁰³ ALMEIDA, Carlos Rodrigues. “O Registro de voz e de imagem: Notas ao artigo 6º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro” em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, nº 3, Jul - Set 2004, director Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora: Coimbra, 2004, p. 370.

¹²⁰⁴ MONTE, Mário Ferreira. “O regitro de voz e de imagem no... cit., p.83-4.

referidos en el artículo 1º. La disposición crea, de modo claro, un régimen de prevalencia, *in casu*, del interés estatal frente a tales derechos fundamentales:

“Artigo 6º. Registo de voz e de imagem

1—É admissível, quando necessário para a investigação de crimes referidos no artigo 1.o, o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado.

2—A produção destes registos depende de prévia autorização ou ordem do juiz, consoante os casos.

3—São aplicáveis aos registos obtidos, com as necessárias adaptações, as formalidades previstas no artigo 188 do Código de Processo Penal”.

De hecho, como aduce ALMEIDA, la utilización de este medio de obtención de prueba está pendiente, por tanto, de la verificación acumulativa de tres requisitos: a) la existencia de orden o de autorización judicial; b) el delito que se investiga debe ser uno de los mencionados en el artículo 1º; c) la necesidad para la investigación de la utilización de ese medio de obtención de prueba¹²⁰⁵. Se identifica, pues, el criterio formal, de que si se está investigando uno de los crímenes del catálogo y que se actúe sólo mediante la autorización del juez; y el criterio material, que exige que se restrinja el derecho a la propia imagen (o el derecho a la voz) únicamente si es *necesario* para la investigación. Esta necesidad habrá de ser evaluada por el magistrado que presida el proceso, y, para tal examen, se ha de estimar que el Estado-juez tendrá siempre como orientador el principio de proporcionalidad. Si se compara tales requisitos con los establecidos en el Código de Proceso Penal, se constata que las diferencias se sitúan en la delimitación de los delitos del catálogo y en el grado de relevancia de la utilización de estos medios de obtención de prueba para la consecución de los fines de la investigación¹²⁰⁶. El CPP afirma que “a diligência se revelará de *grande interesse* para a

¹²⁰⁵ ALMEIDA, Carlos Rodrigues de. “O registo de voz e de imagem – notas ...cit., p. 110.

¹²⁰⁶ El Art. 1º de la Ley 5/2002, de 11 de janeiro define su “Âmbito de aplicação 1—A presente lei estabelece um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado relativa aos crimes de: a) Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.o a 23.o e 28.o do Decreto-Lei n.o 15/93, de 22 de Janeiro; b) Terrorismo e organização terrorista; c) Tráfico de armas; d) Corrupção passiva e peculato; e) Branqueamento de capitais; f) Associação criminosa; g) Contrabando; h) Tráfico e viciação de veículos furtados; i) Lenocínio e tráfico de menores; j) Contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda. 2—O disposto na presente lei só é aplicável aos crimes previstos nas alíneas g) a j) do número anterior se o crime for praticado de forma organizada. 3—O disposto nos Capítulos II e III é ainda aplicável aos demais crimes referidos no n.o 1 do artigo 1.o da

descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”. Por supuesto, esta redacción aporta más precisión y exige una mayor configuración de circunstancias objetivas para que sea legítima tal obtención de los medios de prueba. *A contrario sensu*, la *Lei*, en este sentido, ha sido mucho más permisiva y abierta que la *lex generali*.

En esta línea, también estimo más abierto el régimen de la *Lei* 5/2002, cuando se trata de los medios por los cuales se obtiene la prueba. El artículo 187, del CPP, se aplica a los crímenes allí previstos y aparentemente limita los medios a través de los cuales se hace la interceptación o grabación. Se resumen estos al teléfono u otro medio técnico diferente del teléfono, el correo electrónico u otras formas de transmisión de datos por vía telemática y también se admite la interceptación de las comunicaciones

Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro. A su vez, el art. 187 regula: “Artigo 187.º Admissibilidade: 1 - A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes: a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; b) Relativos ao tráfico de estupefacientes; c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas; d) De contrabando; e) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone; f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores. 2 - A autorização a que alude o número anterior pode ser solicitada ao juiz dos lugares onde eventualmente se puder efectivar a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal, tratando-se dos seguintes crimes: a) Terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada; b) Sequestro, rapto e tomada de reféns; c) Contra a identidade cultural e integridade pessoal, previsto no título iii do livro ii do Código Penal e previsto na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário; d) Contra a segurança do Estado previstos no Capítulo I do Título V do Livro II do Código Penal; e) Falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda prevista nos artigos 262.º, 264.º, na parte em que remete para o artigo 262.º, e 267.º, na parte em que remete para os artigos 262.º e 264.º, do Código Penal; f) Abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima. 3 - Nos casos previstos no número anterior, a autorização é levada, no prazo máximo de setenta e duas horas, ao conhecimento do juiz do processo, a quem cabe praticar os actos jurisdicionais subsequentes. 4 - A interceptação e a gravação previstas nos números anteriores só podem ser autorizadas, independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra: a) Suspeito ou arguido; b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido. 5 - É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime. 6 - A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações são autorizadas pelo prazo máximo de três meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade. 7 - Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1. 8 - Nos casos previstos no número anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas interceptações são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito”.

entre personas presentes. De otra parte, el artículo 6º, de la aludida *Lei*, sin eliminar tal régimen para esos crímenes, introduce para el catálogo de delitos del artículo 1º, los cuales pueden ser coincidentes con algunos del artículo 187 del CPP, una solución más amplia, en la medida en que permite el registro de la voz y de la imagen por *qualquer meio*¹²⁰⁷. Otra vez se constata una distinción de tratamiento y de redacción dados por la Ley que resultan en una mayor apertura de acciones y, por consiguiente, de restricciones a los derechos constitucionales a la propia imagen y a la propia palabra¹²⁰⁸.

Sin embargo, lo que considero más incongruente en esta *Lei*, *data máxima venia*, es que no estipula un plazo para la captación de la imagen del investigado. No hace referencia a un marco temporal en el que debe terminar el registro de las imágenes, ni cuándo tal tipo de prueba es suficiente para los fines del proceso. Eso porque indica, textualmente, que le son a ella aplicables, con las necesarias adaptaciones, las formalidades previstas en el artículo 188 del CPP, las cuales tampoco mencionan por cuánto tiempo puede ser considerada adecuada, necesaria y proporcional la captación de las imágenes. Tal artículo no menciona esta providencia por parte de quien investiga¹²⁰⁹. Ello lo hace el apartado 6, del artículo 187:

¹²⁰⁷ MONTE, Mário Ferreira. “O regitro de voz e de imagem no âmbito do combate... cit., p.84.

¹²⁰⁸ MONTE, Mário Ferreira. “A interceptação e gravação de...cit., p. 100.

¹²⁰⁹ “Artigo 188.º Formalidades das operações 1 - O órgão de polícia criminal que efectuar a interceptação e a gravação a que se refere o artigo anterior lavra o correspondente auto e elabora relatório no qual indica as passagens relevantes para a prova, descreve de modo sucinto o respectivo conteúdo e explica o seu alcance para a descoberta da verdade. 2 - O disposto no número anterior não impede que o órgão de polícia criminal que proceder à investigação tome previamente conhecimento do conteúdo da comunicação interceptada a fim de poder praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova. 3 - O órgão de polícia criminal referido no n.º 1 leva ao conhecimento do Ministério Público, de 15 em 15 dias a partir do início da primeira interceptação efectuada no processo, os correspondentes suportes técnicos, bem como os respectivos autos e relatórios. 4 - O Ministério Público leva ao conhecimento do juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas. 5 - Para se inteirar do conteúdo das conversações ou comunicações, o juiz é coadjuvado, quando entender conveniente, por órgão de polícia criminal e nomeia, se necessário, intérprete. 6 - Sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo anterior, o juiz determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo: a) Que disserem respeito a conversações em que não intervenham pessoas referidas no n.º 4 do artigo anterior; b) Que abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado; ou c) Cujas divulgações possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias; ficando todos os intervenientes vinculados ao dever de segredo relativamente às conversações de que tenham tomado conhecimento. 7 - Durante o inquérito, o juiz determina, a requerimento do Ministério Público, a transcrição e junção aos autos das conversações e comunicações indispensáveis para fundamentar a aplicação de medidas de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção do termo de identidade e residência. 8 - A partir do encerramento do inquérito, o assistente e o arguido podem examinar os suportes técnicos das conversações ou comunicações e obter, à sua custa, cópia das partes que pretendam transcrever para juntar ao processo, bem como dos relatórios previstos no n.º 1, até ao termo dos prazos previstos para requerer a abertura da instrução ou apresentar a contestação, respectivamente. 9 - Só podem valer como prova as conversações ou comunicações que: a) O Ministério Público mandar transcrever ao órgão de polícia criminal que tiver efectuado a interceptação e

“Art. 187. Admissibilidade

(...)

6 - A intercepção e a gravação de conversações ou comunicações são autorizadas *pelo prazo máximo de três meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade*”.

Es decir, teóricamente, desde el punto de vista del artículo 6º de la mencionada *Lei*, es ilimitado el tiempo de registro de la imagen de las personas involucradas en la investigación. No obstante, considerando la relación que la propia norma quiso establecer con el Código de Proceso Penal y, además, por tratarse ahora de proteger el derecho a la propia imagen (y no limitarlo), se ha de estimar que el juez, que tiene la atribución de juzgar el proceso, podría aplicar de forma análoga la disposición del apartado 6, del artículo 187 y establecer que el plazo máximo para la captación de las imágenes de los investigados sería de tres meses, “*renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade*”. De hecho, parece que tal diferencia de trato, entre la norma especial y la norma general, no es la única en la legislación instrumental penal lusa. ALMEIDA advierte que en cuanto en el CPP se utilizaron conceptos técnico-jurídicos para definir el ámbito de aplicación de los medios de obtención de prueba disciplinados, “os restantes diplomas não primaram, em diversos casos, pela clareza e precisão, substituindo o rigor que deriva da utilização daquela técnica por classificações criminológicas ou policiais cujos contornos são mais imprecisos”¹²¹⁰.

a gravação e indicar como meio de prova na acusação; b) O arguido transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao requerimento de abertura da instrução ou à contestação; ou c) O assistente transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao processo no prazo previsto para requerer a abertura da instrução, ainda que não a requeira ou não tenha legitimidade para o efeito. 10 - O tribunal pode proceder à audição das gravações para determinar a correcção das transcrições já efectuadas ou a junção aos autos de novas transcrições, sempre que o entender necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 11 - As pessoas cujas conversações ou comunicações tiverem sido escutadas e transcritas podem examinar os respectivos suportes técnicos até ao encerramento da audiência de julgamento. 12 - Os suportes técnicos referentes a conversações ou comunicações que não forem transcritas para servirem como meio de prova são guardados em envelope lacrado, à ordem do tribunal, e destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo. 13 - Após o trânsito em julgado previsto no número anterior, os suportes técnicos que não forem destruídos são guardados em envelope lacrado, junto ao processo, e só podem ser utilizados em caso de interposição de recurso extraordinário”.

¹²¹⁰ ALMEIDA, Carlos Rodrigues de. “O registro de voz e de imagem – notas ...cit., p.112.

3.5. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La elección de examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se debe a dos motivos muy claros. En primer lugar por el hecho de que, por su esencia, las sentencias se centran en el análisis jurídico-constitucional de los derechos reclamados. No es que en otros tribunales no se discuta esta perspectiva, pero en este específico tribunal tal labor es una tarea inherente a su existencia. De otra parte, como en los demás países que han adoptado la estructura *kelseniana*, sus decisiones son obligatorias para todas las entidades públicas y privadas, y prevalecen sobre las de los restantes tribunales o de cualesquiera otras autoridades¹²¹¹. Es por ello por lo que los Tribunales Constitucionales Europeos poseen el adjetivo de intérprete supremo de la Constitución.

Para el referido análisis, es forzoso privilegiar, pues, un estudio sustantivo de las sentencias, intentando encontrar una línea conductora que me permita trazar un concepto del derecho constitucional a la propia imagen. Me he arriesgado a dar un título a las sentencias, aparte de su número de identificación, y las he dividido, por una cuestión práctica y metodología, dentro de un criterio que he estimado más acorde con el histórico-material de tales decisiones: a) las que han depurado el concepto; b) las que han discutido la competencia para legislar sobre el asunto y c) las que resuelven un conflicto entre el derecho a la propia imagen y otro bien jurídico.

3.5.1 La depuración del ámbito de protección del derecho a la propia imagen

Acórdão nº 6/84, Processo nº 42/83: el caso “Cobrador com Barba”

La sentencia versa sobre la constitucionalidad de una disposición legal (art. 187, “g” del Reglamento de Transportes em automóveis y punido por el art. 213, “d”) que impone al personal que presta servicio en los vehículos de transporte colectivo (público) de pasajeros la obligación de que se presenten debidamente uniformizados y afeitados. El infractor era cobrador en un autobús de transporte de pasajeros. Llevaba la barba crecida de un día y usaba permanentemente bigote. Alegó que le era extremadamente

¹²¹¹ Art. 2º de la *Lei 28/82, de 15 de Novembro de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional*.

doloroso afeitarse todos los días, pues su piel era muy sensible y sangraba cuando afeitada diariamente. El juez de primera instancia no aplicó tales disposiciones normativas porque consideró eran inconstitucionales al infringir el derecho a la propia imagen inserto en el artículo 26 de la Constitución Portuguesa.

A su vez, el Tribunal Constitucional, con acierto, razonó lo contrario. Argumentó que la protección de la imagen tiene que ver no con el aspecto de la persona y la imagen que de ella se tenga, sino y únicamente con la imagen en el sentido de retrato, sea en pintura, simple dibujo, fotografía, *slide* o filme, impidiendo su exposición o su puesta en el comercio. Citando el art. 79 del Código Civil, se afirma que su tutela no contempla el derecho de la persona determinar su propia apariencia externa, *ipsis literis*: “(...) tem em vista proteger a pessoa contra a utilização abusiva da sua imagen, e não o conceder o direito, bem distinto daquele, de a pessoa determinar a sua própria aparência externa, que é sem dúvida um direito de acolher, mas que não pode ser isento de limitações, designadamente as que tenham por objecto a protecção dos direitos dos outros impedindo a sua ofensa”. Siguiendo el razonamiento, en este *decisum* se incluye este aspecto de determinar la propia apariencia en el derecho general de personalidad, también previsto constitucionalmente. No obstante goce de protección constitucional, dicho derecho no es ilimitado. Juzgaron los *Conselheiros* que la limitación impuesta por la norma en cuestión es legítima pues “Esta é por de mais evidente que não viola qualquer disposição constitucional, pois não impõe às pessoas nele abrangidas a proibição de usarem barba ou bigode, mas apenas os obriga a apresentarem-se ao seu serviço, que é de contacto com o público, devidamente uniformizados e barbeados, e isso não ofende o direito de a pessoa determinar a sua própria aparência externa, dentro daquilo que é normal e corrente, sem molestar as outras pessoas”. En realidad, el Tribunal Constitucional analizó la lógica interna de la relación que se daba entre el funcionario, su puesto de trabajo y el ámbito público en el que desarrollaba su labor. La norma, pues, era coherente con estos aspectos materiales que circundaban el fondo del debate y, por ello, ha sido declarada proporcional la limitación impuesta no sólo a este, sino a todos los funcionarios públicos que estaban vinculados a tal profesión.

Es forzoso considerar coherente esta primera sentencia en la que el Alto Tribunal cita el derecho a la propia imagen. Ha sido tal decisión repetida en diversas

ocasiones, sirviendo de parámetro para depurar el concepto del derecho en estudio. Se considera en la sentencia que el bien jurídico-constitucional de la propia imagen se limita al aspecto *físico externo* de la figura humana. Esta sentencia inaugura, en la jurisprudencia constitucional, el entendimiento de que la imagen constitucional protege 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.

Acórdão 436/00 Processo 309/95, el caso “Bolso do uniforme”

El caso de esta sentencia se relaciona, de forma sustantiva, con el *acórdão* 6/84, el caso “Cobrador com Barba”. Se trata de un pedido de declaración de inconstitucionalidad de las normas: “alínea d)” del n° 2 del artículo 36° y de los artículos 80°, 82° e 138° a 143° del *Decreto-Lei n° 10/95, de 19 de Janeiro*, que reformula la *Lei do Jogo* y altera el *Decreto-Lei n° 422/89, de 2 de Dezembro*, por violar lo dispuesto en los artículos 13°, 26°, n° 2, 27°, 53° y n° 1 y n° 3 del artículo 58°, 59° y “alínea d)” del n° 1, n° 2 e n° 3 del artículo 168°, de la Constitución de la República Portuguesa. Concretamente, la norma cuestionada que interesa para este estudio es el apartado c) del artículo 82°, que en su parte final dispone que el traje profesional de los empleados de los salones de juegos no puede tener ningún bolsillo, excepto un pequeño bolsillo exterior de pecho. Esta aludida disposición afectaría “a imagem social e fomenta uma suspeição sobre a idoneidade moral desses trabalhadores”, lo que representaría una violación de sus derechos personales, principalmente, el derecho al buen nombre y reputación y el derecho a la propia imagen, ofendiendo el n° 1 del art. 26° de la Constitución.

El TC afirmó que se trataría del derecho que esos trabajadores tienen sobre la conformación de su apariencia personal externa. Excluye tal situación fáctica del ámbito normativo del derecho a la propia imagen y admite que “Tem este direito a ver com o livre desenvolvimento da personalidade dos seus titulares e, nessa medida, com a garantia das suas identidade e integridade, sendo certo que o direito geral de personalidade radica no princípio da dignidade da pessoa humana que o artigo 1° da Constituição proclama. De resto, em caso dotado de certa afinidade com o presente, em

que se apreciava a eventual inconstitucionalidade de norma que sujeitava o pessoal adstrito ao Regulamento dos Transportes em Automóveis a apresentar-se em serviço devidamente uniformizado e barbeado, o Tribunal Constitucional entendeu *não se estar perante o direito à imagem*, garantido pelo nº 1 da Constituição, mas sim face ao *direito à determinação da aparência externa, incluído no direito geral de personalidade*, constitucionalmente garantido (cfr. acórdão nº 6/84, publicado no Diário da República, II Série, de 2 de Maio de 1984)”. En este sentido, resalta la posibilidad de limitación de los derechos individuales a favor de las exigencias sociales y pondera que no estima, *in casu*, que el uso obligatorio del traje profesional es compatible con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad. Argumenta que el uso del traje constituye una exigencia o condicionamiento impuesto indiscriminadamente a todos los empleados de los salones de juegos de los casinos, no permitiendo que se generen sospechas razonables sobre la idoneidad moral de esos trabajadores. Por el contrario, se configura como un “meio de eliminar ou atenuar, antecipada e preventivamente, suspeições que sobre eles recaiam eventualmente, o que lhes preserva a respectiva idoneidade moral, o bom nome e a reputação”.

Por la similitud del caso antes aludido, no distan mucho las conclusiones que se hicieron en la sentencia 6/84, del “Cobrado com Barba”. Aquí el Tribunal Constitucional únicamente depura y separa lo que está y lo que no está en el contenido del derecho constitucional a la propia imagen. Refuerza que el bien jurídico-constitucional de la propia imagen se reduce al aspecto *físico externo* de la figura humana y que la imagen constitucional protege 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.

Acórdão n. 130/88 – Processo nº 110/86: el caso “Doação de órgãos post mortem”

Se trata de una demanda que el *Provedor de Justiça* cuestionaba la inconstitucionalidad del artículo 5º, del *Decreto-Lei* 553/76, de 13 de julio, que se refería a la donación de órganos de persona fallecida. Fundamenta su petición alegando que dicha norma violaba el nº 1, del artículo 25, el nº 1 del artículo 26, los nº 1 y 2 del artículo 37, y de forma refleja el artículo 41, todos de la Constitución Portuguesa de

1976. A lo que atañe al derecho a la propia imagen, ofendería el precepto cuestionado los artículos 25 y 26, de la Constitución, por no fijar un plazo para ser comunicada a los médicos la oposición del fallecido y, simultáneamente, para la formación del silencio a partir del cual los médicos serían habilitados a efectuar la cirugía. Concretamente, se cuestionaba la donación de órganos sin que se procediese a una previa obtención de la voluntad del fallecido. Se pretendía que la norma fuera declarada inconstitucional porque permitía que los médicos hicieran la cirugía sin que se haya hecho una notificación a las personas más próximas del *de cuius* y/o de aguardar que tales personas se opusiesen ante tal donación.

El Tribunal Constitucional identifica cuál sería el derecho conculcado y rechaza, preliminarmente, cualquier relevo directo con los derechos del apartado 1 del art. 26. Sin embargo, específicamente sobre el derecho a la propia imagen aduce que “Poderia pensar-se, em todo caso, no direito à imagem – sobretudo tendo presente a possibilidade de colheitas de órgãos implicando uma mutilação do hábito externo do cadáver. Mas, na verdade, nem isso – em vista do entendimento que já este mesmo Tribunal fez do sentido e alcance de tal direito no Ac. 6/84”. De hecho, el Alto Tribunal no delimita en cuál derecho estaría inserto tal cuestión, si considerado como expresión o proyección del derecho a la integridad personal (integridad moral) del artículo 25.1 o, de la libertad de conciencia y de religión del artículo 41.1, o en el derecho a la objeción de conciencia reconocido en el apartado nº 6 del mismo artículo, pues “Certo é que ese direito não poderá deixar de reconhecer-se um fundamento constitucional, considerados os princípios humanísticos em que a Constituição assenta (...) trata-se de um direito que, seja como for, sempre encontrará fundamento, em último termo, na própria ideia ou princípio do Estado de Direito, iluminado pelo relevo que nele tem a dignidade da pessoa humana (arts. 1º e 2º da Constituição)”. No obstante, al final se decide por la constitucionalidad de la norma cuestionada, pues la no notificación a terceros, con la posible no admisión de que estos la transmitan, a seguir a la muerte del titular del derecho principal, una eventual oposición a la donación, no pone en crisis, de forma irremediable, la eficacia del derecho de oposición a tal donación por parte del propio titular. Como se ve, no merecen muchos comentarios esta sentencia, pues el Tribunal lusitano en este caso hace una labor de delimitación del contenido y del alcance del derecho a la propia imagen, y sólo lo cita para eliminar la hipótesis de su vinculación al

tema en debate. Empero, se ha de resaltar que el Alto Tribunal considera la línea argumental del caso “Cobrador com barba” para fundamentar el objeto del bien jurídico-constitucional de la propia imagen, el cual se ha de limitar al aspecto *físico externo* de la figura humana.

Acórdão 128/92 (Processo 260/90) y Acórdão 129/92 (Processo 329/90): los casos de “Conduitas ilícitas, imorais ou desonestas”

El estudio conjunto de estos dos *Acórdãos* se justifica por dos motivos. De una parte, porque tienen el mismo objeto, y de otra porque el 129, cuando va a tratar del tema indica que se hizo una reproducción del 128, la cual está anexada al proceso, y hace una remisión expresa a los fundamentos contenidos en esta decisión. Las dos demandas se refieren a acciones de desahucio, basadas en el artículo 1093, nº1, “c” del Código Civil, vigente en aquel momento, con el fundamento de que los arrendatarios habían dado otro destino a la finca objeto del contrato, dedicándola a otra función¹²¹². Se alegaba la inconstitucionalidad de dicho precepto, por violar los artículos 25 y 26 de la Constitución Portuguesa. Entendían los autores del recurso que la norma ofendería el derecho al buen nombre y a la reputación, el derecho a la imagen y el derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar.

Concretamente, sobre el derecho a la propia imagen, el Tribunal se remite, una vez más, *ipsis literis*, a los fundamentos de la sentencia del “Cobrador com Barba” y razona que “Por isso mesmo, um tal direito – o direito à imagem – nunca podia ser ofendido por um preceito como o da alínea c) do artigo 1093º do Código Civil, que se reporta a condutas ilícitas, imorais ou desonestas, do próprio”. En estas sentencias, como se ha de deducir, se hace, nuevamente, una depuración conceptual del contenido del derecho a la propia imagen, en el mismo sentido de las anteriores, pero desde un punto de vista distinto. En estos casos, se excluye, de modo correcto, el concepto vulgar de *imagen social*, comprendido por los autores de la demanda como equivalente a inmoral o deshonesto, del contenido constitucional del derecho a la propia imagen. Siguiendo la línea jurisprudencial de descartar un concepto *psíquico-metafórico* de este derecho, en las sentencias el Tribunal Constitucional de Portugal, de forma sensata,

¹²¹² “Art. 1.093º: 1 – O Senhorio só pode resolver o contrato: (...) c) Se o (arrendatário) aplicar ao prédio, reiterada ou habitualmente, a práticas ilícitas, imorais ou desonestas”.

fundamenta que el objeto del bien jurídico de la propia imagen se ha de circunscribir al aspecto *físico externo* de la figura humana, y que por ello no podría haber sido vulnerada la protección constitucional dada a 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.

Acórdão 319/95 Processo 200/94 y Acórdão 423/95 Processo 177/94: los casos de “Teste de embriaguez”

Analizaré, igualmente, de modo conjunto, estas dos decisiones, pues su objeto alude a un caso de un conductor que se sintió ofendido por haber hecho un examen de alcohol, en una vía pública. Concretamente, sobre el derecho a la propia imagen, el demandante suscitaba la inconstitucionalidad del artículo 6º, del *Decreto-Lei 124/90, de 14 de Abril*, que permitía que la autoridad policial efectuara tales exámenes, sin la presencia del Ministerio Público. Argumentó que la prueba de alcoholemia, en plena vía pública, visto por populares y policías, constituía una humillación inútil, la cual violaba los artículos 1º, 13º, 26º y 32º de la *Constituição da República Portuguesa*. Por ello, debería ser declarada la norma cuestionada como inconstitucional, por atentar contra la dignidad, la igualdad, el buen nombre, la reputación, la imagen y la reserva de la intimidad de la vida privada.

El Tribunal Constitucional no encuentra razón en las alegaciones del autor del recurso. En primer lugar, porque argumenta que el examen busca producir una prueba e impedir que un conductor, que esté bajo la influencia de alcohol, conduzca y ponga en peligro, entre otros bienes jurídicos, la vida y la integridad física propias y de los demás. El *test* de alcoholemia se muestra necesario y adecuado, pues tiene por objetivo la salvaguardia de dichos bienes jurídicos y, además, para fines procesales, la descubierta de la verdad. En esta línea de pensamiento, el Alto Tribunal plantea que lo que atentaría contra la dignidad sería el hecho de que si fuera positivo el examen de alcohol hecho por el conductor, se hiciera, en el local donde haya sido realizado, un alarde público del resultado. Elimina la hipótesis de vulneración al derecho al buen nombre y a la reputación, pues el *test* de alcoholemia no se configuraba como un acto de imputar falsamente a alguien la práctica de acciones ilícitas o ilegales, ni se equiparaba a tornar

públicos, innecesariamente (es decir, sin motivo legítimo), aunque verdaderos, pero no públicamente conocidos, faltas o defectos de una persona. Siguiendo este razonamiento, el Tribunal indica que la prueba de alcoholemia adentra en el ámbito de la intimidad del conductor, sin embargo, el *deciscum* también refuta, *in casu*, una posible ofensa al derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada, pues alega que el examen de alcohol no invadía los hábitos del conductor en lo que concierne a la ingestión de bebidas alcohólicas. El objetivo de tal instrumento de prueba, que es la protección de los otros bienes jurídicos antes dichos, autoriza la aludida limitación del derecho a la intimidad del conductor.

Con relación al derecho objeto de esta investigación, se plantea que “Quanto ao direito à imagem, que, nas conclusões da alegação, o recorrente tem por violado, assinala-se que o seu objecto é o retrato físico da pessoa, em pintura, fotografia, desenho, slide, ou outra qualquer forma de representação gráfica, e *não a imagem que os outros fazem de cada um de nós*. Ele *não consiste, por isso, num direito de cada pessoa a ser representada publicamente de acordo com aquilo que ela realmente é ou pensa ser*. Consiste, antes, no direito de cada um a não ser fotografado, nem a ver o seu retrato exposto publicamente, sem o seu consentimento, e no direito, bem assim, a não ser “apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida” (cf. J.J GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra, 1993, página 181. Cf. também o já citado acórdão nº 128/82 e o acórdão nº 6/84, publicado nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, volume 2º, páginas 198 e seguintes). Sendo este o conteúdo do direito à imagem, *não pode ele ser violado pela norma aqui em apreciação*”.

Como ha de denotarse, el Tribunal Constitucional continúa en la labor de separar lo qué está o no está dentro del contenido del derecho a la propia imagen. Se remite, siempre, a lo que dictó la sentencia 6/84, el caso del “Cobrador com Barba”, pero adapta lo anteriormente dicho al caso concreto. Con coherencia, se alega, en resumen, en estos casos que el derecho constitucional a la propia imagen tiene por finalidad proteger 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.

3.5.2 La cuestión de la competencia para legislar sobre el derecho a la propia imagen

Acórdão 255/02 (Proceso nº 646/96) y Acórdão 207/03 (Processo 52/03): los casos de “Reserva de lei”

Ya he hecho alusión a la sentencia 255/02 (Proceso nº 646/96) en el apartado de este capítulo dedicado a la vídeo-vigilancia¹²¹³. Es un pedido formulado por el *Procurador-Geral da República* que suscitó la declaración de inconstitucionalidad de las normas constantes en el artículo 7º, nº 1, de la “a)” hasta la “h)”, y nº 2, “a)” y “b)”, y del artículo 12º, nºs 1 y 2, del *Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho*. Específicamente la parte que interesa para la presente investigación se atañe al análisis de los apartados 1 y 2 del artículo 12 que establecían que “*Artigo 12º Meios de vigilância electrónica, de detecção de armas e outros objectos. 1 – As entidades que prestem serviços de segurança privada previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 2º podem utilizar equipamentos electrónicos de vigilância e controlo; 2 – As gravações de imagem e de som feitas por sociedades de segurança privada ou serviços de autoprotecção, no exercício da sua actividade, através de equipamentos electrónicos de vigilância visam exclusivamente a protecção de pessoas e bens, devendo ser destruídas no prazo de 30 dias, só podendo ser utilizadas nos termos da lei penal. 3 –[...]*”

Argumentó el Procurador General que la medida constituía una verdadera restricción a los derechos a la propia imagen y a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar, ambos consubstanciados en el artículo 26º, nº 1, de la Constitución Portuguesa. Planteó que el interés público inherente a la actividad de seguridad privada, expreso por el propio legislador, justificaría las dichas restricciones; pero que éstas deberían ser expresas en una *lei* de la *Assembleia da República* o de un *decreto-lei* debidamente habilitado para el efecto. Por ello, las normas impugnadas padecían de una inconstitucionalidad orgánica. De hecho, tal interpretación fue la que prevaleció, y el Alto Tribunal declaró inconstitucional los citados números 1 y 2, del artículo 12º, que preveían la utilización de sistemas de vídeo-vigilancia por parte de las entidades que

¹²¹³ Vid.: Capítulo III, epígrafe 3.4.1.4

prestaban servicios de seguridad privada, por “violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República”¹²¹⁴.

La sentencia 207/03 se refiere a un caso de un funcionario que había sido sancionado por el *Subinspector-Geral de Jogos*, en sustitución al *Director-Geral*, que le aplicó las penas del dispuesto en el artículo 83º, “b)”, punible por el artículo 141º, del *Decreto-Lei nº 422/89, de 2 de Dezembro*, con redacción conferida por el *Decreto-Lei nº 10/95, de 19 de Janeiro*¹²¹⁵. En realidad, se denota del *acórdão* que la sanción había sido basada en una prueba obtenida por el sistema de vídeo-vigilancia de la casa de juegos, la cual el funcionario era empleado. Lo que se alegó en el proceso originario era que tal prueba no podría ser examinada en juicio, pues su origen era manifiestamente ilícito, dada la ilegítima regulación de la materia por el Gobierno. En este sentido, el pedido suscitaba la declaración de inconstitucionalidad orgánica de lo dispuesto en el artículo 52, de la *Lei do Jogo*, aprobada por el *Decreto-Lei nº 422/89, de 02.12*¹²¹⁶. Las razones del recurso aducen que la utilización de los sistemas de vigilancia en las casas de juegos es incompatible con los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos (art. 26, nº 1, de la CRP) y, por ello, se reserva esta materia a la *Assembleia da República*. El Gobierno, por tanto, únicamente podría legislar sobre tal asunto mediante previa autorización legislativa. La Asamblea había autorizado al Gobierno a legislar sobre juegos de fortuna o azar en casinos, pero en el ámbito y sentido de la respectiva autorización legislativa no constaba el permiso para el Gobierno de introducir una disposición legal equivalente a la del artículo 52º, del DL nº 422/89. En este sentido, tal

¹²¹⁴ Art. 165º, nº 1, “b”.

¹²¹⁵ Esc. 150.000\$00 e interdicción del ejercicio de la profesión por treinta días.

¹²¹⁶ Redacción conferida por el *Decreto-Lei nº 10/95, de 2 de Dezembro*): Art. 52º Equipamento de vigilância e controlo: 1 - As salas de jogos são dotadas de equipamento electrónico de vigilância e controlo, como medida de protecção e segurança de pessoas e bens. 2 - Quando a instalação do equipamento referido no número anterior não seja contratualmente exigível às concessionárias, será a mesma feita por conta do orçamento da Inspeção-Geral de Jogos. 3 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, não é permitido nas salas de jogos, durante o período de abertura ao público destas, fazer uso dos instrumentos e aparelhos de registo a que se refere a alínea e) do n.º 2 do artigo 36.º 4 - As gravações de imagem ou som feitas através do equipamento de vigilância e controlo previsto neste artigo destinam-se exclusivamente à fiscalização das salas de jogos, sendo proibida a sua utilização para fins diferentes e obrigatória a sua destruição pela concessionária no prazo de 30 dias, salvo quando, por conterem matéria em investigação ou susceptível de o ser, se devam manter por mais tempo, circunstância em que serão imediatamente entregues ao serviço de inspeção, acompanhadas de relatório sucinto sobre os factos que motivaram a retenção. 5 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, o serviço de inspeção pode visionar as gravações de imagem ou de som efectuadas pela concessionária quando o entenda conveniente. 6 - As concessionárias devem criar um quadro de três operadores devidamente habilitados para proceder a todas as operações do sistema, por forma a assegurar uma fiscalização eficaz e regular os sectores vigiados.

norma sería orgánicamente inconstitucional y, por consiguiente, no podría ser objeto de aplicación tal instrumento de prueba en juicio.

El Tribunal argumenta que en la legislación existente, antes de la promulgación de tal Decreto, no existía regulación sobre la obligatoriedad de la instalación, en los salones de juegos, de aparato electrónico de vigilancia y control¹²¹⁷. Se remite la sentencia a la doctrina de la sentencia 255/02 y se afirma que la norma permite la captación de imágenes, sonidos y actuación de las personas que se encuentren en las instalaciones de los casinos, con posibilidad de registrarles, sin que por ellas sea dado el mínimo consentimiento para tal, y que con ello “tocaría” los derechos a la propia imagen y reserva de la vida privada de esas personas: “Tendo em conta a postura deste Tribunal, consubstanciada em considerar que a reserva de competência legislativa parlamentar em matéria de direitos, liberdades e garantias abrange não só os campos conexos com a suas restrições, mas também a dimensão conformadora ou concretizadora desses mesmos direitos e tudo o que seja matéria legislativa, maxime, se se estatui pela primeira vez sobre tal matéria e, assim, não se limitando o legislador a reproduzir anterior normação (cfr. verbi gratia, o Acórdão nº 373/91, publicado na I Série-A do Diário da República de 6 de Novembro de 1991), então teremos de ser conduzidos à conclusão segundo a qual, designadamente ponderando a respectiva prescrição, a norma sub iudicio haveria de ter sido emitida sob a forma de lei parlamentar ou sob a forma de decreto-lei credenciado, para o particular efeito, pela Assembleia da República. Como o não foi, enferma a mesma de inconstitucionalidade orgânica”.

En efecto, el Alto Tribunal lusitano corrobora la postura anterior y confirma que la reserva de competencia legislativa parlamentar para tratar de derechos, libertades y garantías no sólo en lo que concierne a las restricciones, sino también cuando se está delante de la dimensión conformadora o de concreción de esos derechos. Como en el caso concreto no existía una expresa autorización legislativa para la regulación hecha por el Gobierno, la norma fue, igualmente, declarada orgánicamente inconstitucional por el Tribunal. En estas dos oportunidades el TC, de forma adecuada, tuvo la oportunidad de reforzar la idea de que cuando se trata del tema *derechos fundamentales*

¹²¹⁷ Vid. Decreto nº 41.812, de 9 de Agosto de 1958, Decreto-Lei nº 48.912, de 18 de Março de 1969 e Decreto-Lei nº 22/85, de 17 de Janeiro.

es el Parlamento quien tiene legitimidad para legislar sobre tal materia, eso porque el Poder Legislativo es el primer intérprete legítimo de la Constitución y, por ello, es el que puede conformar las restricciones, concreciones y desarrollos sobre los derechos fundamentales que la Constitución prefigura. De hecho, las sentencias no contribuyen, de forma directa y decisiva, para la configuración del concepto constitucional del derecho a la propia imagen, pero auxilian a comprender la imposición normativa que de la Constitución se extrae cuando se refiere al tema de las garantías institucionales de los derechos fundamentales, de los cuales el citado derecho forma parte.

3.5.3 El conflicto entre el derecho a la propia imagen y otros bienes jurídicos

Acórdão n° 263/97 Processo n° 179/95: el caso “Divórcio Litigioso”

En este *Acórdão* se juzga una posible lesión a los derechos a la reserva de la vida privada y a la propia imagen en el caso de un divorcio litigioso. La cónyuge utilizó unas fotografías obtenidas a partir de la máquina de su ex esposo, como prueba de la violación culposa por parte de este de los deberes maritales. El demandante argumentó, como nulidad formal, que los Tribunales anteriores admitieron y valoraron determinadas fotografías como prueba de hechos posteriores al juicio. Alegó que la interpretación dada por los Tribunales anteriores, que admitieron en el proceso medios de prueba cuya obtención supuestamente constituyó una abusiva intromisión en su vida privada e atentaría contra su derecho a la propia imagen, sería inconstitucional, en la medida en que violaba el dispuesto en los artículos 26.1, 34° y 32.6, de la Constitución Portuguesa.

Esta sentencia, pues, trata de analizar tres puntos principales de fondo: 1) si la forma de obtención de las fotografías había sido o no lícita; 2) si el uso de tales fotografías como instrumento de prueba en la demanda de divorcio sería legítimo o no; 3) si se violó el derecho a la vida privada y el derecho a la propia imagen del ex cónyuge. Para una mejor comprensión, es oportuno aportar más información sobre el modo de obtención del aludido medio de prueba. Afirmó la ex esposa que estaba en Inglaterra, donde estudiaba para un curso de doctorado realizado en la ciudad de York. Precizando de una máquina fotográfica para completar su tesis con fotografías, llevó

consigo una que pertenecía a ambos, dentro de la cual había un filme sin revelar, perteneciente al ex marido. Cuando llevó el filme a la tienda fotográfica con el fin de que se lo revelara, su ex esposo se mostró preocupado. Hizo éste algunas diligencias, a través de su abogada y de amigos de la antigua pareja, para que recuperara la máquina y el filme. Alegaba el ex esposo que estas fotografías habían sido hechas a partir de un "slide" producido durante su reciente viaje a Italia. La fotos reproducían el ex-cónyuge y otra mujer, desnudos y en situaciones íntimas, en la cama de la pareja. Como prueba de que la cama pertenecía a ambos, la ex esposa reveló que las sabanas que aparecían en las fotografías habían sido regaladas por su madre. El demandante planteó que la revelación de tales retratos era ilegal no sólo porque ofendía su vida privada sino que, igualmente, invocando el artículo 79.1 del Código Civil, violaba su derecho a la propia imagen, pues había sido hecha sin su autorización.

El Tribunal Constitucional ofrece los conceptos de los dos derechos en causa, afirmando que con el derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada se pretende “prevenir de intromissões alheias o espaço interior da pessoa ou do seu lar, assim se acautelando um núcleo íntimo onde ninguém penetre salvo autorização do próprio titular (cfr., inter alia, os acórdãos n.ºs. 128/92 e 319/95, publicados no Diário da República, II Série, de 24 de Julho de 1992 e de 2 de Novembro de 1995, respectivamente)”. El derecho a la propia imagen a su vez, tiene por objeto “salva-guardar o direito de cada um a não ser fotografado nem ver o seu retrato exposto em público, sem o seu consentimento e, bem assim, o direito a não ser apresentado "em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel" (cfr. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pág. 181. En-tre os acórdãos deste Tribunal, vejã-se os já citados n.ºs. 128/92 e 319/95. Estão em causa, não apenas o retrato mas igualmente todas as outras captações possíveis do corpo do indivíduo, da sua protecção imagética, nas palavras de Orlando de Carvalho (in Teoria Geral da Relação Jurídica, Coimbra, 1970, pág. 72), o que possibilita uma ingerência abusiva atentatória de valores constitucionalmente protegidos”. En este contexto, citando la sentencia 6/84, el caso del “Cobrador com Barba”, afirma el Alto Tribunal que tales derechos han de relacionarse con otros y, por ello, tienen que se adaptar a las “restricções impostas pelo respeito da liberdade e dos direitos dos outros”. Se plantea, pues, que la circunstancia de tratarse de un matrimonio no elimina el derecho a la reserva de la intimidad, pero disminuye su

intensidad, por la propia naturaleza de tal régimen. Se resalta que la protección concedida a tales derechos no puede limitar de modo intolerable otros derechos constitucionalmente tutelados, y se asevera, expresamente, que tal caso debe ser resuelto por el principio de proporcionalidad, siendo que las limitaciones deben ser necesarias, adecuadas y proporcionales.

En esta línea, el Tribunal Constitucional, remitiéndose a la doctrina portuguesa, argumenta que se está ante una de las situaciones en las que los criterios relativos a la condición de las personas y la naturaleza de las circunstancias, servirán para la ponderación de la distribución de los “custos” del conflicto. En otras palabras, que “a recolha de elementos probatórios em acção de divórcio poderá justificar a observação e a documentação da vida amorosa extra-conjugal do outro cônjuge”. Se afirma, pues, que “(...) a interpretação dada pelo Supremo às normas processuais contro-vertidas situa-se nos parâmetros da adequação constitucional, atenta a natureza da acção e a sua causa de pedir, o ónus de prova que sobre a autora impendia para fundamentar o pedido e as exigências de justiça daí decorrentes, sendo certo que, como foi salientado, existem normativos legais adequados que vedam a publicitação dos elementos de prova para além dos limites pro-cessuais”. El Tribunal desestima el recurso propuesto por el varón, sosteniendo que no existía una lesión intolerable, alegada por el ex esposo, y confirma el entendimiento expresado por los Tribunales inferiores.

Ahora bien, como se ha de percibir, el Tribunal razona, de forma coherente, sobre la cuestión formal-procesal del uso de los retratos. Por supuesto, el proceder de la autora se configuró dentro de lo que permite la disposición del *Código de Processo Civil* portugués¹²¹⁸. Empero, *data venia*, creo que la duda material que esta sentencia habría de resolver sería, primero, saber si ha sido legítima o no la obtención de las fotografías. No sería adecuado entender que una persona, que está casada con otra,

¹²¹⁸ “Artigo 168.º (Limitações à publicidade do processo) 1. O acesso aos autos é limitado nos casos em que a divulgação do seu conteúdo possa causar dano à dignidade das pessoas, à intimidade da vida privada ou familiar ou à moral pública, ou pôr em causa a eficácia da decisão a proferir. 2. Preenchem, designadamente, as restrições à publicidade previstas no número anterior: a) Os processos de anulação de casamento, divórcio, separação de pessoas e bens e os que respeitem ao estabelecimento ou impugnação de paternidade, a que apenas podem ter acesso as partes e os seus mandatários; b) Os procedimentos cautelares pendentes, que só podem ser facultados aos requerentes e seus mandatários e aos requeridos e respectivos mandatários, quando devam ser ouvidos antes de ordenada a providência”.

independiente del régimen patrimonial elegido para tal, no pueda usar un objeto que no se considera absolutamente íntimo de su pareja, *in casu*, la cámara fotográfica. En realidad, se podría alegar que la vida común de un matrimonio estrecha este ámbito de intimidad que cada cónyuge posee, pero no lo anula. Sin embargo, con acierto, el Tribunal Constitucional portugués admite que la intimidad de los cónyuges pierde intensidad, aunque no se acabe. No obstante, dentro del contexto de la demanda, ¿sería anormal, que la legítima esposa; la mujer con quién el esposo comparte piso, habitación, baño, patrimonio, ideas, deseos, sentimientos, objetos, historia; cogiera una cámara fotográfica, aunque siendo esta instrumento de trabajo del marido, y deje el filme que está dentro para revelar? La respuesta no puede ser otra que la negativa. La relación matrimonial, por su naturaleza, alcanzaría la intimidad de la pareja que se debate en el caso en cuestión, y, por ello, tal hecho no ofendería la reserva de intimidad de la vida privada individual del ex marido. Además, ya analizando desde otra perspectiva, en el presente caso, no se está ante la situación tipificada por el artículo 79.1, del Código Civil Portugués. En otras palabras, no podría exigirse que la “esposa” pidiera el consentimiento de su “marido” para que revelara un filme que está dentro de una cámara fotográfica que pertenecía a ambos. Las fotos insertas en el filme podrían contener, incluso, la propia imagen de la ex cónyuge. No veo aquí una vulneración al derecho a la propia imagen, pues la autora estaba ejerciendo regularmente un derecho suyo, lo que confiere licitud y legitimidad a sus actos.

El uso de las fotografías en el proceso de divorcio, tal y como es explicado en el *decisum*, se hizo de acuerdo con la legislación regente. Era *idónea* o *adecuada* la utilización de las fotografías de la ex esposa, pues las personas retratadas estaban lógicamente vinculadas a los hechos a los cuales se reportaba la demanda de divorcio, y el uso de la imagen representaba, ciertamente, un medio adecuado para favorecerse el resultado perseguido, que era servir de prueba para la condenación del ex marido en el divorcio. Era *necesaria*, seguramente, la presencia de las fotografías en el proceso, pues no existían otras alternativas que garantizasen de modo igualmente satisfactorio el objeto que justifica el límite, en otras palabras, su uso era indispensable para la finalidad para mostrar que su ex marido había violado los deberes conyugales. La “medida restrictiva” representaba más un beneficio que un sacrificio para el derecho fundamental a la propia imagen, pues la ex cónyuge no dio publicidad a los retratos, los utilizó para

ejercer regularmente un derecho suyo. Se propuso tal finalidad con una restricción menos gravosa para el derecho fundamental de la propia imagen, posibilitando el sacrificio mínimo de ambos derechos, en atención a la concordancia práctica de los derechos en conflicto, con el fin de atenuar el estado de tensión mutua existente. De este modo, se elimina la posibilidad de ofensa al derecho a la propia imagen del ex esposo, y, en conclusión, la forma de obtención y tampoco el uso de las imágenes no han sido ilícitos, sino que adecuados, necesarios y proporcionales en este supuesto.

Acórdão n.º 4/06 Processo n.º 665/05: el caso “Gravação de imagens”

Esta sentencia se refiere al caso de una demanda penal formulada por el Ministerio Público contra doce personas que, de forma organizada, reclutaban y explotaban económicamente mujeres para la prostitución. Una de las personas acusadas alegaba que no existían indicios sobre su autoría o participación y pedía la nulidad de las escuchas telefónicas y de las interceptaciones de imagen y de voz, por estimar que habían sido hechas con determinadas irregularidades procedimentales. Concretamente sobre el derecho a la propia imagen, la autora argumentó que la decisión de primera instancia autorizó que se procediera al registro de imagen y voz para la investigación que se llevaría a cabo en el proceso penal, pero no fijó un plazo para tal autorización, ni circunscribió su ámbito. El órgano de policía criminal encargado de la investigación hizo el registro, varias veces, de imágenes y de voces a través de grabación de vídeos, formalizando tal acto varios meses después de tal hecho. Por ello, este instrumento de prueba había sido obtenido sin ninguna especie de control o acompañamiento judicial, padeciendo de nulidad, por infracción al artículo 6º, de la *Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro*, y a los artículos 187º, 188º, 189º y 190º del CPP. La mencionada decisión estima que la previsión legal no indica que haya de existir una “exigencia de fijación de plazo”, porque ni la ley ni el Código de Proceso Penal la citan. Por este motivo, la acusada afirma que esta interpretación es incompatible con el dispuesto en la Constitución de Portugal.

El Tribunal ponderó que lo que se juzgaba era si la interpretación y la aplicación del derecho ordinario dadas en las decisiones antecedentes atendían al dictamen constitucional: “a eventual inconstitucionalidade das interpretações normativas

impugnadas, todas elas reportadas aos termos em que se terá processado o acompanhamento judicial da execução da operação, apenas pode assentar em violação do princípio da proporcionalidade aplicável às restrições dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP)”. Agrupó las cuestiones suscitadas en tres núcleos: 1) el inicio de la interceptación; 2) el control judicial de las grabaciones y 3) la destrucción de las grabaciones inútiles al proceso. Ante tal razonamiento se decidió que “Não impõe a lei, de forma expressa, a fixação, no despacho de autorização de recolha de imagem e som, do respectivo prazo, o que, só por si, não implica quebra do acompanhamento judicial da operação que se tem por constitucionalmente exigido. E – embora este aspecto não tivesse sido inicialmente questionado pela recorrente – o acórdão recorrido demonstrou que, no caso, da recolha de imagem e som foram lavrados, *com periodicidade tida por aceitável*, os respectivos autos, apresentados ao juiz com os correspondentes elementos de suporte, que foram objecto de subsequentes visionamentos por parte do juiz de instrução criminal, *em termos de assegurar um efectivo e atempado controlo judicial da execução da operação, conclusão esta que merece acolhimento*”.

En efecto, como razonó el Tribunal, en el recurso no se discute la ley en sí misma, sino la interpretación que había dado tanto el juez de primera instancia, como también las demás decisiones que confirmaron esta. No pudo, pues, el Alto Tribunal analizar la constitucionalidad del artículo 6º, de la *Lei 5/2002, de 11 de Janeiro*. De hecho, el precepto, como se ha visto, no hace referencia al tiempo de captación de la imagen y voz de los acusados. Tanto la conducta de la autoridad investigadora como la interpretación dada por el juez atendieron al dispuesto en la *Lei*. La cuestión que habría de ser reclamada por la autora, en mi modo de pensar, sería que las imágenes y palabras grabadas no podrían ser instrumentos de prueba en el proceso penal, porque la norma que regula tal asunto sería inconstitucional, por no establecer el tiempo de captación. No obstante, como en el recurso no ha sido planteado esta duda, la decisión emanada se encuadra en el principio procesal de que *tantum devolutum quantum appellatum*, y por ello, no me sería lícito diferir del posicionamiento adoptado por el Tribunal Constitucional lusitano.

Acórdão n.º 81/2007 Processo n.º 871/2005: el caso “Casa Pia de Lisboa”

Esta decisión del Tribunal Constitucional se refiere al caso de un eurodiputado portugués que requirió el desentrañamiento de su fotografía utilizada en un proceso penal para efectos de identificación de sospechosos de ilícitos. Tal medida sirvió para instruir la investigación sobre crímenes de abuso sexual y de *lenocinio* ocurridos en la *Casa Pia de Lisboa*¹²¹⁹. Se inquirió centenas de menores que describieron que sus abusadores fueron personalidades “que usavam fato; que tinham carros de alta cilindrada, que apareciam na televisão ou que eram políticos, descrição aproximada do conceito de figura pública”. Algunos nombres fueron citados por las víctimas, pero no con cierta precisión. Para posibilitar la investigación y asegurar la identificación de los abusadores, se hizo un apartado en el proceso que contenía un número elevado de fotografías de “personalidades públicas” para tal fin. Las sospechas indicaban que entre los acusados se encontraban políticos, deportistas, artistas y personas ligadas a la carrera diplomática, todos de elevada notoriedad pública. El criterio adoptado para elaborar el mencionado apartado fue el de la notoriedad pública de las figuras, eligiéndose, de modo aleatorio, diversas personalidades que tienen expresión pública, las cuales podían o no tener relación con el crimen investigado. Se organizaron la fotos de forma aleatoria, para excluir toda y cualquier influencia en el momento del reconocimiento de los sospechosos por las víctimas. Las instancias inferiores consideraron que “tal critério é pois sindicável, o que basta para garantir a sua aleatoriedade e a sua necessidade em razão das exigências policiais e processuais que *in casu* se faziam sentir”. El retrato del autor, como el de otras “figuras públicas” portuguesas, se obtuvo a través de una búsqueda en revistas, periódicos e internet por la Policía Judicial de Portugal. Argumentó el eurodiputado que dejó de ser relevante la conservación en el seno del proceso de su imagen para cualquier identificación, pues no fue reconocido, ni tampoco acusado. Se trataba, entonces, de una prueba que nada tenía que ver con los hechos, siendo innecesaria la permanencia de su foto en el aludido apartado, contrariando la idea de necesidad y proporcionalidad. El fundamento sustantivo de su recurso es el de la

¹²¹⁹ Esta institución es un Instituto Público bajo la tutela del Ministerio del Trabajo y Solidaridad, destinado a la acogida, educación, enseñanza e inserción social de niños, niñas y jóvenes en peligro o en riesgo de exclusión social. Aún se propugna a rehabilitar, formar e integrar los niños, niñas y jóvenes sordos y ciegos.

inconstitucionalidad material proveniente de la aplicación de las norma del artículo 186, del *Código de Processo Penal* (“*logo que se tornar desnecessário para efeitos de prova*”) y del n° 2, del artículo 79, del Código Civil, interpretadas en el sentido de permitir el mantenimiento de sus retratos en el proceso que, en el momento de la acusación, dejaron de tener relieve para la identificación, lo que va en contra del régimen del artículo 18 de la Constitución, por ofensa a la idea de necesidad y proporcionalidad que debe presidir cuando se trata de derechos constitucionalmente consagrados.

El Tribunal razona que no está en apreciación la legalidad de la obtención y utilización de la imagen del autor. Tampoco se pronuncia, directa o indirectamente, sobre la legalidad y posibilidad de utilización en el proceso, del medio de identificación y de prueba para el cual fue utilizada la fotografía del eurodiputado o sobre la necesidad de identificación, y de la prueba de identidad de los acusados. Igualmente, no estuvo en causa la apreciación del criterio aleatorio que guió la elaboración del medio de identificación y de prueba, consistente en la búsqueda de personas pertenecientes al universo de “*figuras públicas*”. Lo que el Alto Tribunal juzgó fue la existencia de una obligación de protección del derecho a la propia imagen del autor, con la consecuente eliminación de la fotografía del apartado y su devolución a su titular. En otras palabras, el *decisum* tuvo por “*objecto a apreciação da conformidade com a Constituição da norma do artigo 79.º, n.º 2, do Código Civil, na interpretação segundo a qual pode ser mantida nos autos, por «exigências de polícia ou de justiça», a imagem de terceiro, não indiciado como suspeito, que foi, conjuntamente com outras fotografias de figuras públicas, utilizada sem seu consentimento, durante o inquérito, para identificação pelas vítimas de suspeitos que são arguidos em processo penal, ainda sem decisão transitada em julgado*”.

En esta línea, admite el Tribunal que además de los límites abstractos que el derecho a la propia imagen está sometido – como los procedentes de la necesidad de policía y de justicia, o, para las figuras públicas, la compatibilización con otros derechos fundamentales, como el derecho a la información – ha de tenerse en cuenta la necesidad de armonía, en la situación concreta, entre el derecho a la propia imagen y otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Siguiendo este razonamiento, se

argumenta en la sentencia que la compatibilización con otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes es especialmente delicada cuando, como se indica en el caso, la imagen del eurodiputado ha sido usada en el proceso penal, y tiene consecuencias procesales significativas para terceros, específicamente, para los reales acusados en el proceso que todavía no había sido resuelto, y que hayan sido identificados con base en el conjunto de fotografías, entre las cuales estaba inserta la del autor de la demanda. Debido a tal utilización, pasa a configurarse un conflicto de intereses tutelados como derechos fundamentales, entre los reales acusados y el titular del derecho a la propia imagen utilizada, el cual no se elimina sólo por la simple prohibición de la valoración del “álbum” como elemento de prueba. “Com efeito, a eliminação, com devolução ao recorrente, das imagens (no caso, do “álbum”) utilizadas para identificação dos arguidos, que *estes poderiam pretender invocar também em seu benefício, para contestar a identificação efectuada, e, até, para invocação e prova da ilegalidade de actos do inquérito*, constitui, também, uma compressão das garantias de defesa do arguido, particularmente notória na comparação da sua posição com a da acusação, que elaborou o meio de identificação em causa e se baseou nele para a acusação. Nestas circunstâncias, a eliminação da fotografia dos autos e sua devolução ao recorrente, com a conseqüente destruição (total ou parcial, mas possivelmente na parte relevante) do meio que serviu para a identificação de arguidos sem decisão transitada em julgado (antes ainda a ser julgados), *afectaria sem dúvida também as possibilidades de defesa dos arguidos*”. Completa el Tribunal su planteamiento, afirmando que la imposibilidad de analizar el proceso en su versión original limitaría las garantías de defensa de los acusados y que la eliminación de la fotografía del eurodiputado portugués evitaría las posibilidades de prueba y de control de la ilegalidad del proceso, pues “(...) ainda que se reconheça que a manutenção da imagem do recorrente nos autos afecta o direito à imagem deste, que nessa medida não controla o seu emprego – como não controlou a sua utilização no inquérito –, *tal manutenção pode ser justificada no caso concreto, à luz de um juízo de ponderação, pela protecção dos interesses dos arguidos “contra os quais” ela foi utilizada, para sua identificação (e, em particular, das suas garantias de defesa) e pelo próprio controlo e prova da eventual ilegalidade do meio de identificação e de prova, pelo menos, enquanto o processo penal em que este foi utilizado ainda não tiver decisão transitada em julgado*”. Concluye el Alto Tribunal que cuando se pondera sobre el derecho a la propia imagen del autor y los

intereses también constitucionalmente tutelados, es legítima la preservación de la fotografía en proceso y, por consiguiente, la norma en apreciación no sería inconstitucional.

La *Conselheira* Maria Fernanda Palma hizo una *declaração de voto* que, en resumen, argumenta que las restricciones al derecho a la propia imagen inherentes a las necesidades de investigación en la fase policial son justificadas en el plano de la ponderación de valores. No obstante “a manutenção no processo da imagem de um não suspeito sem qualquer directa relação com a matéria da acusação levanta um nítido problema de necessidade e de adequação”. Alega que solamente la atribución de un valor absoluto a cualesquiera fines de utilidad procesal justificaría que estos pudieran prevalecer sobre los derechos fundamentales de personas no sospechosas y no acusadas. Tal visión sacrificaría los derechos fundamentales de todas las personas no sospechosas y no acusadas para la realización de los fines del Proceso Penal y presupondría que: “(...) a realização da justiça penal deveria ser colocada num patamar de valor absoluto que admitiria a instrumentalização utilitarística dos direitos de terceiros à realização não só dos fins principais do Processo Penal como também de fins colaterais e puramente instrumentais”.

Ahora bien, aunque expresamente el Tribunal advierte que no se pronunciaría sobre el criterio de la obtención y del uso de las fotografías en el proceso, estimo conveniente comentar tales hechos, pues se configuran como el origen de toda la discusión. Como se informa en la nota de pie de página, la *Casa Pia de Lisboa* es una institución que se dedica a cuidar de niños, niñas y jóvenes, discapacitados o no. Y afuera por la edad o por la condición de las víctimas, estas no poseían la madurez o quizás la conciencia necesaria para identificar los presuntos criminales. Es cierto, no se podía exigir de tales menores supieran el nombre y la profesión que identifiquen, con exactitud, a los criminales. Ante estas circunstancias, la policía eligió como criterio enseñar a los menores abusados las fotografías de personas que podían ser y otras que podían no ser los reales autores de los delitos. ¿Sería este un criterio adecuado, necesario y proporcional? En otras palabras: la cuestión que tiene que ser respondida es la de saber si el uso de la imagen de personas sería el medio más eficaz para la identificación de los acusados. En efecto, la imagen se configura hoy como un medio de

prueba bastante útil, cuando se quiere identificar un sospechoso en el proceso penal. Este hecho se explica porque la imagen confiere mucho más *objetividad* para tal efecto que, por ejemplo, una descripción literaria. En el caso concreto, enseñar la imagen de las personas a los niños, niñas y jóvenes, sería probablemente la mejor manera para tal tarea, pues posiblemente las víctimas no entenderían una descripción hecha de otra forma. Si existe previsión normativa para la utilización de la imagen de los presuntos sospechosos, y se ha visto anteriormente que sí la hay, es conveniente estar de acuerdo en que tal acto realizado por la *Polícia Judiciaria* portuguesa ha sido adecuado. El uso de la imagen, igualmente, se hizo de forma necesaria, pues otro criterio no conferiría mejor resultado. La proporcionalidad puede ser encontrada en tal medida cuando se ha examinado que se enseñó a las víctimas fotografías aleatorias, de quienes podrían ser o no autores de los ilícitos, dada la incertidumbre del universo de los implicados.

Hecho este primer examen, resta saber si existe coherencia en los fundamentos de la sentencia del Alto Tribunal que mantuvo la imagen del eurodiputado en el proceso. En mi opinión, esta decisión se conecta, de forma lógica, con el criterio de identificación elegido por la policía. Razón asiste a los magistrados que estimaron que si se retiraran del apartado todos los retratos de los que no fueron declarados como acusados en el proceso que todavía no se había finalizado en la primera instancia, sería tal medio de identificación discriminatorio y, por consiguiente, ilegal e inconstitucional, por no ser las fotografías “aleatorias”. Además, el hecho de la aleatoriedad también contribuía a la garantía de la defensa de los *arguidos* y también para su acusación por parte del Ministerio Público. No se trata, pues, de conceder un valor absoluto al Proceso Penal, pero dadas las puntuales circunstancias y el desarrollo de esta específica demanda, se convierte en adecuada, necesaria y proporcional la permanencia de la imagen del eurodiputado en el proceso en cuestión.

Vista la relevancia de la configuración constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, examinaré los matices de este derecho en la experiencia constitucional de España. Cuando finalice este Capítulo, se comprobará que los principios democráticos de la vigente Constitución Española han sido de demasiada y cardinal importancia para el constituyente brasileño de 1988, no únicamente por la expresa protección constitucional que el texto constitucional español confiere al derecho a la propia imagen, sino también por la estructura y por la parte dogmática, consecuencia del *iter constituyente* seguido por el Texto de 1978. Y para empezar esta labor comparativa, comenzaré con un sucinto relato de la inserción del derecho a la propia imagen en la Historia Constitucional Española, que como ya se ha constatado, tuvo gran relevancia para Portugal y Brasil. Enseguida analizaré lo que dice la Constitución Española de 1978 sobre el tema, dando enfoque al artículo 18.1, para ofrecer un concepto constitucional al derecho a la propia imagen. Partiendo de este concepto, haré una referencia a la legislación española que se dedica a regularlo, para al final interpretar lo que aporta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español al derecho a la propia imagen.

4.1 El derecho a la propia imagen en la Historia Constitucional Española

Antes de analizar el derecho a la propia imagen en el fenómeno constitucional español, he de informar que no se estudiará la Carta de Bayona de 1808 y el Estatuto Real de 1834, en la serie histórica de las Constituciones de España. Este argumento se justifica por el mensaje del clásico precepto del constitucionalismo escrito, el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia Revolucionaria de 1789. Tal disposición indica que no tiene Constitución la sociedad en la que la *garantía de los derechos* no está asegurada, ni está establecida la *separación de poderes*. Como enseña TOMÁS Y VALIENTE, tal norma prescriptiva estableció la noción de *mínimo constitucional*, es decir, confirmó la necesidad de que existieran algunos requisitos para que un texto político normativo pudiera merecer el nombre de “Constitución”¹²²⁰. Efectivamente, es imprescindible partir del concepto de Constitución racional normativa, propuesto por GARCÍA PELAYO, el cual la concibe como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos¹²²¹. No representa la Constitución una suma resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los hechos o situaciones, pues ha de ser un producto de la fuerza ordenadora de la razón, y su configuración parte de la premisa de que un sistema de normas establece, de una sola vez y de manera general, un esquema de organización en el que se encierra la organización estatal, y se diseñan los principios políticos de la sociedad¹²²². Como advierte HESSE, por medio de sus prescripciones materiales relativas a la estructura estatal, a la regulación constitucional del proceso de formación de unidad política y a la actuación estatal, el efecto estabilizador de la Constitución se destina a dar unidad al Estado, conferir forma a la vida de la sociedad, y asegurar la continuidad suprapersonal¹²²³. Permite, igualmente, comprender la formación de una unidad política y de la actuación estatal, pues a través de

¹²²⁰ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Códigos y Constituciones (1808-1978)*. Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 126-127.

¹²²¹ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 34 y ss.

¹²²² PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional...* cit., p. 94.

¹²²³ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional...* cit., p. 21-22.

la ordenación del procedimiento de formación de la unidad política, de la fundación siempre limitada de atribuciones de poder estatales, de la regulación procesal del ejercicio de estas atribuciones y del control de los poderes estatales, la Constitución pretende limitar el poder estatal y combatir el abuso de este poder. En esta su función de posibilitar y garantizar un proceso político libre, de constituir, de estabilizar, de racionalizar, de limitar el poder, y de asegurar la libertad individual, estriba la *cualidad de la Constitución*. En este sentido, la Carta de Bayona de 1808 y el Estatuto Real de 1834 no alcanzaron los aludidos mínimos constitucionales antes mencionados, pues no garantizaban derechos y libertades individuales, ni regulaban una verdadera división de poderes, motivos por los cuales no serán parte de mi examen en este trabajo¹²²⁴.

Aclarado este planteamiento, la primera Constitución Española ha sido proclamada en la ciudad andaluza Cádiz¹²²⁵. Ha sido tal norma una proyección del inicio del constitucionalismo español anclado en la soberanía nacional. Su contexto histórico le caracteriza como una respuesta constitucional, aprovechándose la vacante en el trono¹²²⁶,

¹²²⁴ Informa SEGURA ORTEGA (Manuel. “Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812”, Capítulo I de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p. 15-43) que la Carta de Bayona ha sido siempre considerada como un documento otorgado por extranjeros. La crisis del Antiguo Régimen tiene su inicio con el motín de Aranjuez, el cual fuerza la abdicación de Carlos IV a su hijo Fernando VII. Napoleón, por su parte, hace abdicar padre e hijo en favor de su hermano, lo que corrobora lo dicho por LALINDE ABADÍA (Jesús. *Iniciación Histórica al Derecho Español*. PPU, Barcelona, 1989, p. 445) quien afirma que tal texto es producto de la invasión napoleónica, que pretendió imponerlo por José Bonaparte en 1808, tras oír una “Junta Nacional” reunida en Bayona, razón por la que es conocida “Estatuto de Bayona”. De extensión discreta, se define como “ley fundamental” y se califica de base del pacto entre el monarca y sus pueblos. El Estatuto de Bayona no alcanzó efectiva vigencia, al revés, provocó una reacción de la mayoría del pueblo español contra las nuevas autoridades francesas comenzando la guerra de la independencia. La Carta de Bayona, de cierta forma, es de sublime relevancia histórica para la nación española, pues a partir de ella, de la resistencia del pueblo español a la dinastía bonapartista, se inicia el proceso revolucionario que terminó con la convocatoria de las Cortes generales y extraordinarias, reunidas en Cádiz, sin la presencia del monarca, las cuales decretaron y sancionaron la Constitución que se promulga el 19 de marzo de 1812.

¹²²⁵ Explican GACTO FERNÁNDEZ, ALEJANDRE GARCÍA y GARCÍA MARÍN (Enrique; Juan Antonio; José María. *Manual básico de Historia del Derecho*. Madrid, 1997, p. 414) que al estar gran parte del territorio español ocupado por el enemigo, hubo de ser la más alejada y meridional ciudad de Cádiz, mejor protegida por la escuadra inglesa y en la que existía un ambiente predominantemente liberal y burgués, la sede de las Cortes (irregularmente constituidas, debido a las circunstancias que vivía el país, y en la predominaban los diputados del estado llano) y el lugar de nacimiento de la primera Constitución de España.

¹²²⁶ Relata TOMÁS Y VALIENTE (Francisco. *Constitución: escritos de introducción histórica*. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 101) que ausente el Rey las Cortes Generales y Extraordinarias, por el primero de sus Decretos, de 24 de septiembre de 1810, delegaron el poder ejecutivo en un Consejo de Regencia. En

contra la invasión francesa, además de ser una reforma radical de las instituciones del Antiguo Régimen¹²²⁷. Traducido al inglés, portugués, francés, italiano y alemán, el texto representó un clamor a la independencia, que perduró en la mente de los liberales progresistas de Europa hasta mediados del siglo XIX¹²²⁸. El exceso de representación virtual¹²²⁹, que caracterizó a las Generales y Extraordinarias y el artículo 1º, de la Constitución de 1812 que proclamaba que “la nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios”, fue compensado con el resultado final de su eficacia, el cual es utilizado a veces para corregir la crítica referente al déficit representativo que supuso su reunión¹²³⁰. Es cierto que en las Cortes de Cádiz no hubo una genuina representación popular, pues tanto la situación bélica, como la irrisoria conciencia democrática de las clases populares, no lo permitían, ni la hacían posible. Sin embargo, la Constitución de 1812 rápidamente se convirtió en un símbolo liberal dentro y fuera de España, pues su liberalismo combatía privilegios, igualaba formalmente a los individuos de la nación soberana, y contenía mecanismos institucionales potencialmente democratizadores, como el unicameralismo y el amplio sistema de sufragio. De ahí que, aunque no en el momento inicial, posteriormente adquirió pronto apoyo popular y fuerza

fase muy avanzada de la aprobación del texto de la Constitución las Cortes decidieron crear el Consejo de Estado y nombraron una Regencia de cinco individuos. En la opinión del ilustre autor, la composición del Consejo de Estado pretendió compensar de algún modo la derrota de los diputados americanos, pues se dispuso que de los cuarenta individuos del Consejo doce al menos serían nacidos en las provincias de Ultramar.

¹²²⁷ GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. “El modelo constitucional Gaditano” en *Cádiz, 1812 – La Constitución jurisdiccional*, CEPC, Madrid, 2007, p.373-392: en Cádiz se compuso la agenda de la transformación del Antiguo Régimen, por más que con posterioridad se alteraran algunos de sus presupuestos más indudablemente constitucionales.

¹²²⁸ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. “El sitio web “La Constitución Española de 1812” en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Nº 7, Septiembre 2006, párrafo 6-7, <http://hc.rediris.es/07/articulos/html/Numero07.html>.

¹²²⁹ Comenta PORTILLO (José M. “La Constitución Universal” en *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración – Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, José Álvarez Junco y Javier Moreno Luzón (eds.), CEPC, Madrid, 2006, p. 85-100) que en enero de 1809 la Junta Central hacía público un manifiesto donde oficialmente se encontraba la declaración de identidad política entre los reinos europeos y americanos de la monarquía. Aunque su lenguaje no dejaba de ser hiriente, el mensaje de fondo era que América, sus reinos y provincias, eran como Aragón o Navarra, partes esenciales de la monarquía española. Hecha la declaración de componer parte esencial de la monarquía, su consecuencia no podía ser otra, dado el curso seguido por la crisis, que entender de manera extensiva también la nación española. América, pues, dejaba de ser considerada una parte dependiente para convertirse en otra tan consustancial a la monarquía como cualquiera de los reinos, provincias o territorios europeos que la conformaban.

¹²³⁰ LORENTE SARIÑENA, Marta. “Ámbitos constitucionales e historiografía de la Constitución: la nación doceañista” en *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración – Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, José Álvarez Junco y Javier Moreno Luzón (eds.), CEPC, Madrid, 2006, p.143-154.

mítica¹²³¹. La importancia de tal norma para el constitucionalismo español quizás sea bien traducida en las palabras de BARTOLOMÉ CLAVERO, quien argumenta que “Cádiz es nuestra cuna constitucional con ese nosotros colectivo que remite a una Nación constituyente, la española de 1978 y hoy. En Cádiz se localiza el origen de la Nación Española en su sentido constitucional (...) Al celebrar Cádiz nos celebramos a nosotros mismos, a todas y todos cuantos y cuantas constituimos ese sujeto humano constituyente de Nación¹²³²”.

La Constitución Española de 1812 fue producto del liberalismo doceañista, el cual tuvo como principal venero doctrinal el liberalismo revolucionario francés y, en menor medida, el de algunos autores británicos ligados al jusnaturalismo racionalista, no olvidado, tampoco, el historicismo nacionalista¹²³³. La Norma Gaditana, aduce VARELA SUANZES-CARPEGNA, inició la construcción de una nación, España, superadora de antiguos privilegios sociales y territoriales. Una nación en cuya soberanía se basaron los constituyentes gaditanos, para poner en planta un Estado Constitucional que ha de considerarse el primer antecedente del que configura la vigente Constitución de 1978, pese a sus evidentes diferencias¹²³⁴. La impronta progresista de la Constitución de Cádiz, pues, se ha perpetuado en las sucesivas constituciones españolas, incluida la actual. Su influencia se percibió en las primeras Constituciones iberoamericanas, pero también en algunos de los primeros movimientos constitucionales de Portugal y Brasil, como ya se ha tenido la oportunidad de estudiar en el capítulo anterior¹²³⁵. Como prueba de este influjo, BONAVIDES informa que el 11 de noviembre de 1820, cuando se deliberaba

¹²³¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Códigos y Constituciones...* cit., p. 139.

¹²³² CLAVERO, Bartolomé. “Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano” (Epílogo) en *Cádiz, 1812 – La Constitución jurisdiccional*, CEPC, Madrid, 2007, p. 447-526.

¹²³³ Admite JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA (“Reflexiones sobre un bicentenario – 1812-2012” en *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración – Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, José Álvarez Junco y Javier Moreno Luzón (eds.), CEPC, Madrid, 2006, p. 75-84) que la Constitución de Cádiz fue, ciertamente, obra sobre todo de los liberales, pero éstos se vieron obligados a ceder ante los realistas en algunas materias, por ejemplo, en materia religiosa, con el propósito de sacar adelante este texto. En el seno de las Cortes de Cádiz los diputados se agruparon en tendencias que, aun sin que se puedan denominar como partidos políticos, sí tuvieron, al menos, algunos contornos bien definidos. Los puntos básicos sobre los que es posible trazar una catalogación de las corrientes presentes en Cádiz son aspectos tales como la idea de Estado y de Constitución, la forma de articular la forma de gobierno, y el concepto de soberanía.

¹²³⁴ *Íd.*, p. 82.

¹²³⁵ *Vid.*: Capítulo III, epígrafe: 3.1

sobre la elección de los diputados para las Cortes de Lisboa, hubo en Portugal un motín en el que Gaspar Teixeira, Conde de Sampaio y otros, con el apoyo de algunos militares, aclamaron la Constitución Española de Cádiz. Tras el arrepentimiento de los líderes de tal motín, Gaspar Teixeira anuló dichos actos, con excepción de que vigorasen las disposiciones de la Constitución Española que se referían al proceso electoral, y con la condición de que las Cortes constituyentes y extraordinarias no alterasen ni los principios ni las esencias del “documento” de Cádiz. En Brasil, el 10 de febrero de 1821, hubo en el estado de *Bahia* un juramento, por algunos revolucionarios, a la Constitución Española de 1812. No obstante, el 21 de abril de 1821, una asamblea convocada para designar los electores de la comarca, que representaría el pueblo de Brasil en las Cortes de Lisboa, impuso al rey D. João VI, que estaba para retornar a Portugal, que firmase un decreto de adopción a la Constitución Española de Cádiz. El Rey derogó dicho decreto veinte y cuatro horas más tarde, disolviendo *manu militari* tal asamblea¹²³⁶.

La Constitución Gaditana tuvo una brevísima etapa de vigencia, de 19 de marzo de 1812 a 4 de mayo de 1814, fue restaurada en 1820 y en 1836, pero examinaré tales periodos siguiendo el orden cronológico de los hechos. Respecto a la parte dogmática de esta Constitución, se destaca, precisamente, su difusión en los artículos del texto. En realidad, el proyecto de Constitución sí tenía una embrionaria declaración de derechos que, sin embargo, se difuminó en un intento más de evadir cualquier similitud con los documentos franceses. De hecho, a lo largo del articulado existe una pluralidad de derechos, tales como la libertad civil (art. 4), la propiedad (arts. 4, 172.10, 294 y 304), la libertad personal (art. 172.11), libertad de imprenta (arts. 131.24 y 371), igualdad (en su vertiente de no concesión de privilegios en el art. 172.9, y de igualdad contributiva en el art. 339), inviolabilidad del domicilio (art. 306), derecho de representar las infracciones constitucionales (art. 374) y, en fin, derechos de naturaleza procesal: predeterminación del juez (art. 247), derecho a un proceso público (art. 302), arreglo de controversias mediante arbitraje (art. 280), *habeas corpus* (arts. 291 y ss.), y principio de *nulla poena sine previa lege* (art. 287). El carácter reaccional era una peculiaridad común a todos

¹²³⁶ BONAVIDES Paulo. “O constitucionalismo espanhol e seu influxo no Brasil (de Cádiz a Moncloa)” en *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano* (coord. por Francisco Fernández Segado), 2003, p. 197-220.

estos derechos concebidos como libertades-defensa. Sin embargo, para esta investigación, es conveniente traer a colación el artículo 4º, de tal Norma histórica, el cual establece que “La Nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”. Aunque se interprete esta disposición de forma tendencial, sería improcedente afirmar que en el aludido artículo se incluye una efectiva configuración del derecho a la propia imagen, porque la aparición de la fotografía, y el consecuente debate técnico-jurídico sobre este derecho, sobrevinieron en momento posterior. Siendo coherente con mi razonamiento anterior, invoco aquí los mismos motivos por los que he justificado la negación a este tipo de ilación en la Constitución de Portugal de 1822¹²³⁷.

Siguiendo la línea de la historia constitucional de España, cuando Fernando VII regresa en 1814, deroga la Constitución de Cádiz por un decreto firmado en Valencia el 4 de mayo, por considerarla contraria al Derecho tradicional y lesiva a la dignidad y poder del monarca¹²³⁸. Durante los años de la restauración absolutista, se produjeron algunas revueltas populares. El movimiento liberal volvió a crecer y se reforzó impulsado por la masonería, reclamando en 1820, nuevamente, el poder¹²³⁹. Se restablece la Constitución de Cádiz por un decreto del 7 de marzo de 1820, como consecuencia del pronunciamiento del general Riego en Cabezas de San Juan, subsistiendo durante el llamado “trienio liberal o constitucional”. En 1822 las potencias europeas asociadas en la Santa Alianza optaron por intervenir (Congreso de Verona de 20 de octubre de 1820) y dar el apoyo militar de los llamados “cien mil hijos de San Luis” para que Fernando VII repusiera su fuerza absolutista y concretara, en un decreto expedido el 1 de octubre de 1823, la restauración antiliberal que duraría hasta su muerte en 1833¹²⁴⁰.

¹²³⁷ Vid.:Capítulo III, epígrafe: 3.1

¹²³⁸ GACTO FERNÁNDEZ, ALEJANDRE GARCÍA y GARCÍA MARÍN. *Manual básico de Historia...* cit., p.416.

¹²³⁹ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. “Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1837”, Capítulo II de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p.45-82.

¹²⁴⁰ LALINDE ABADÍA, Jesús. *Iniciación Histórica al...* cit., p. 446, GACTO FERNÁNDEZ, ALEJANDRE GARCÍA y GARCÍA MARÍN. *Manual básico de Historia...* cit., p.416.

Fallecido Fernando VII el 29 de septiembre de 1833, asumió la regencia su viuda María Cristina, quien tenía como objetivo principal salvaguardar el trono para su hija Isabel, menor de edad, frente a las pretensiones de los tradicionalistas partidarios de Carlos María Isidro, hermano del difunto rey¹²⁴¹. La Reina Gobernadora nombró Secretario de Estado a Martínez de la Rosa, que tenía influencia del doctrinarismo francés, y fue quien promovió la elaboración de un texto fundamental reformista, en consonancia con la situación política¹²⁴². Tal texto se concretó en el Estatuto Real, promulgado por la regente Cristina, en nombre de su hija, Isabel II, el 10 de abril de 1834. Ya he planteado que no se considera tal Estatuto como una Constitución, porque careció de una declaración de derechos¹²⁴³. El objetivo fundamental del Estatuto, basado en las Partidas y la Nueva Recopilación, era el de estructurar y sentar las bases del funcionamiento de las Cortes, una vez que con la muerte del rey se tornaba insostenible el mantenimiento del régimen absolutista y la marginación del Parlamento. Poseía un corte romántico y estaba muy distante de la realidad histórica¹²⁴⁴. Reconocía un sistema de bicameral, representado en los Estamentos de Próceres y de Procuradores. Al rey le correspondía convocar, suspender y disolver los Estamentos, nombrar a los miembros del Próceres, que no lo fueran por derecho propio, y vetar las propuestas de las Cámaras. Tuvo una efímera duración, pues fueron disueltas las cortes convocadas, y las conspiraciones que se sucedieron durante su época de vigencia, principalmente de los liberales radicales, forzaron a la Reina Gobernadora (tras el último pronunciamiento en el Motín de la Granja) a decretar, en 1836, la restauración de la Constitución de 1812¹²⁴⁵.

La tendencia reformista se materializó en una convocatoria de elecciones para la formación de unas Cortes, que revisarían el texto de la Constitución Gaditana. Una

¹²⁴¹ GACTO FERNÁNDEZ, ALEJANDRE GARCÍA y GARCÍA MARÍN. *Manual básico de Historia...* cit., p.416.

¹²⁴² Aduce RODRÍGUEZ ALONSO (Manuel. “El Estatuto Real de 1834. El embajador británico en la preparación y redacción definitiva del texto” en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Número 44, Marzo-Abril 1985, p. 189-204) que SÁNCHEZ AGESTA considera a Javier de Burgos y a Martínez de la Rosa como los autores de tal texto.

¹²⁴³ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. “Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1837”... cit., p. 51.

¹²⁴⁴ LALINDE ABADÍA, Jesús. *Iniciación Histórica al...*cit., p. 447.

¹²⁴⁵ Conspiración Isabelina de 1834, sublevación de Cardero en 1835, rebelión de las provincias contra el Gobierno de Toreno y levantamiento general contra el Gobierno de Istúriz.

comisión integrante de estas Cortes, presidida por Argüelles y que tenía como secretario Salustiano Olózaga, formuló unas bases que consistían en reducir la amplitud de la Constitución de Cádiz de 1812, admitir el bicameralismo, fortalecer la Corona, y adoptar el sistema de elección directa¹²⁴⁶. Basado en estos principios, se elaboró, por esta misma comisión, un proyecto que, tras su discusión y aprobación por las Cortes, vendría a ser jurado por la Reina María Cristina el 18 de junio de 1837. Es una obra transaccional¹²⁴⁷, a medio camino entre la de Cádiz y el Estatuto Real, en la que coinciden principios progresistas y moderados, en parte por temor a contrariar y provocar la intervención de las potencias extranjeras de la Cuádruple Alianza¹²⁴⁸. Una innovación sistemática significativa del texto constitucional de 1837, respecto a la Constitución de Cádiz, fue establecer, en el título primero, once artículos dedicados a los derechos y libertades fundamentales. Se suelen indicar como influyentes, los modelos en Constituciones coetáneas, como la francesa (1830), la brasileña-portuguesa (1826) y la belga (1831). El artículo que concretamente se relaciona al estudio del derecho a la propia imagen es el séptimo, el cual prohibía las detenciones y el allanamiento del domicilio ilegales: “Art. 7º. No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”. Como admite RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, este texto es sin duda una garantía de seguridad jurídica de la inviolabilidad personal, configurando una garantía de libertad, seguridad e intimidad personales¹²⁴⁹. No obstante, es ineludible percibir que en cuanto al derecho a la propia imagen, aunque dicho texto constitucional tenga aspiraciones progresistas¹²⁵⁰,

¹²⁴⁶ ALEJANDRE GARCÍA, Juan A. *Temas de Historia del Derecho: Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación I*. Sevilla, 1978, p. 174.

¹²⁴⁷ VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. “La Constitución española de 1837: una constitución transaccional” *Revista de derecho político*, Nº 20, 1983-1984, p. 95-106.

¹²⁴⁸ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. “Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1837”...cit., p. 54

¹²⁴⁹ *Íd.*, p. 63.

¹²⁵⁰ Sostiene TOMÁS Y VALIENTE (*Códigos y Constituciones...* cit., p. 137-138) que la historia del constitucionalismo español se divide en dos líneas ideológicas (que también explican la larga o corta duración de los textos constitucionales). La primera de ellas fue el liberalismo radical surgido en Cádiz, que vuelve a imponerse en la Revolución de 1868 y en la Constitución de 1869 y que resurge un 14 de abril para traslucirse en un texto, el de 1931, que siendo fiel a esa herencia liberal-democrática, profundizó mucho más en ella, dando entrada a nuevos elementos socializantes no contradictorios con la misma. La segunda línea ideológica es la del moderantismo español, concepto formulado por José María Jover, como régimen político de la España del siglo XIX. Se basaba tal postura en el eclecticismo como actitud cultural, el doctrinarismo como credo político y el materialismo como talante en la vida cotidiana. El moderantismo,

mantengo la misma opinión indicada en la Constitución Gaditana, y me inclino a defender que tampoco la Constitución de 1837 ha concebido la existencia de una tutela jurídico-constitucional a la propia imagen.

Retomando la línea histórica, no puede decirse que la Constitución de 1837 estableció una normalidad constitucional, pues la interferencia del Gobierno, mediante el pronunciamiento, fue durante su vigencia una causa permanente de anormalidad¹²⁵¹. El abierto apoyo de la reina al partido moderado, más que una convicción personal se configuró como una alianza de intereses mutuos, y su participación activa en algunos asuntos políticos, le causaron la enemistad del partido progresista. Mediante una serie de hábiles maniobras políticas, en 1840 los progresistas consiguen destronar a la Reina Gobernadora y nombran Regente el general Baldomero Espartero¹²⁵². No obstante, la vida política continuaba bajo los primas de violencia y anormalidad, hasta que en el año de 1843, un complejo alzamiento, en el cual participaron casi todos los partidos frente al Regente, determinó su expatriación. Después de varios efímeros gobiernos, en mayo de 1844, llega al poder un Gobierno compuesto por ilustres moderados, presidido por el general Narváez, que inicia la época denominada como la “década moderada”¹²⁵³. Tras haber convocado elecciones y constituido las nuevas Cortes, el 18 de octubre de 1844 el gobierno de Narváez presenta ante el Congreso un proyecto de reforma, momento en que se constituyó una comisión, que tenía como secretario a Juan Donoso Cortés, para examinarlo. Antes de un mes, la comisión redactó su dictamen y en enero de 1845 concluyó en el Congreso la discusión del texto, que fue promulgado como Constitución de Estado, el 23 de mayo de aquel año. Fue planteada la Constitución Española de 1845 como una reforma del texto de 1837, y tal circunstancia se explica cuando se hace una comparación entre los dos textos, pues se verifica la conservación de la estructura externa, la coincidencia de la sistemática y la equiparable extensión. Sin embargo, a pesar

versión española del doctrinarismo francés, es el denominador común de los tres textos constitucionales más duraderos de la Historia española: 1837, 1845 y 1876.

¹²⁵¹ SANCHÉZ AGESTA, Luis. *Historia del Constitucionalismo Español*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 243.

¹²⁵² MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María. “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845 y en sus proyectos de reforma”, Capítulo III de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p.83-109.

¹²⁵³ SANCHÉZ AGESTA, Luis. *Historia del Constitucionalismo...* cit., p. 243.

de que formalmente presenten similitudes, son totalmente diversos los principios que las conforman, es decir, la de 1837 se ve influenciada por los progresistas, y la de 1845 por los moderados. Está basada la de 1845 sobre tres pilares: el rechazo de la soberanía nacional, que queda sustituida por la soberanía conjunta del Rey y las Cortes, la negación de la distinción entre poder constituyente y poder constituido, y la adecuación del sistema político a las clases socialmente dominantes¹²⁵⁴. Carente de espíritu parlamentario, con claro ascendente monárquico, restringe el derecho de sufragio, suprimiendo toda referencia a la provincia como circunscripción electoral, y recorta los derechos y libertades (en especial la libertad de imprenta). Quizás el cambio más importante es la vuelta atrás en el modelo de Senado, que debería ser nombrado por el Rey, entre los notables eclesiásticos, militares de alta graduación, políticos, magistrados superiores y nobles con grandeza de España, con el requisito suplementario de la fortuna económica.

Coincidiendo con el texto de 1837, la Constitución de 1845 establece un catálogo de derechos y libertades en el Título I, de los cuales se ha de destacar el artículo 7 (“No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”) y el artículo 8 (“Si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía, o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley”). Como se denota, nada se avanza sobre el derecho a la propia imagen entre la anterior Constitución y esta, sólo que la *inviolabilidad personal* podría verse más fácilmente afectada, dada la redacción del artículo 8.

La Constitución Española de 1845 permaneció vigente durante más de veinte años, hasta que se culminó la Revolución de 1868, y la consiguiente Constitución de 1869. No obstante, en el periodo de su vigencia, las diversas reacciones constitucionalistas se traducirán en la dimisión definitiva de Narváez y su sustitución por Bravo Murillo. El proyecto de Constitución y las nueve leyes orgánicas de Bravo Murillo, quisieron reforzar el poder ejecutivo y reducir la influencia política del

¹²⁵⁴ MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María. “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845 y en sus proyectos de reforma”... cit., p. 86.

Parlamento, pero tal intención terminó con la caída de su promotor en 1852, y la vuelta del progresista General Espartero. Era evidente que los progresistas no se identificaban con la Constitución “moderada” de 1845, y por ello, poco después se produjo la convocatoria de las Cortes constituyentes de 1854, que aprobarían la Constitución del año 56, que nunca se promulgó, motivo por el cual es conocida como la Constitución *non nata*. En efecto, la debilidad política del gobierno de Espartero, fomentada por una disensión interna entre los miembros más moderados y los más progresistas, hizo que la aprobación del texto constitucional se retrasara, esperando un momento más oportuno, que nunca llegó. En julio de 1856 el general Espartero deja la presidencia del gobierno y las Cortes constituyentes se disuelven. El general O’Donnell, quien ocupó el puesto de Espartero, por real decreto del 14 de octubre de 1856, restablece la Constitución de 1845, si bien modificada por un Acta Adicional que pasa a formar parte del texto constitucional¹²⁵⁵. No obstante, un año después el gobierno de Narváez reafirma el espíritu del 45 con la reforma del año 1857, una reforma inspirada en el proyecto de Bravo Murillo del año 1852, y que se cristalizaría en la “Ley de reforma adicional a la Constitución de 1845”, que refuerza los privilegios aristocráticos, en especial el acceso al Senado, y se perpetuó la vigencia del texto de 45 hasta la Revolución de 1868.

La Revolución de septiembre de 1868 tenía como telón de fondo una interpretación más amplia del vigente régimen y la sustitución de la persona o la dinastía que encarnaba la Corona, además de suscitar una revolución histórica con el intento de cambiar la forma de Gobierno y los supuestos sociales e ideales políticos de España¹²⁵⁶. La serie de equívocos y arbitrariedades que marcaron el largo reinado de Isabel II, además del desorden en su vida privada, disminuyeron su prestigio, creando, en torno a ella y en torno a la dinastía que representaba, un aislamiento político. Estos factores sirvieron de preludio al movimiento que, inspirado por Juan Prim, destronó a la Reina y preparó a la nación para el advenimiento de la República¹²⁵⁷. Cita ALEJANDRE GARCÍA la primera Guerra de Cuba, la reanudación de las guerras carlistas, la aparición de nuevos movimientos y organizaciones políticas y sociales, el fortalecimiento y la

¹²⁵⁵ *Íd.*, p. 107-108.

¹²⁵⁶ SANCHÉZ AGESTA, Luis. *Historia del Constitucionalismo...* cit., p. 280.

¹²⁵⁷ ALEJANDRE GARCÍA, Juan A. *Temas de Historia del Derecho...* cit., p. 179.

radicalización de los existentes, el agravamiento del problema agrario y obrero, y un creciente sentimiento republicano, como los factores que constituyeron el momento político en el cual el Gobierno provisional, presidido por Serrano, estableció el sufragio universal como primer paso de la convocatoria de Cortes constituyentes¹²⁵⁸. En tales Cortes dominaron los partidos vencedores en la Revolución, ya que los progresistas alcanzaron 160 escaños, la Unión Liberal 80 y los demócratas 40. Consiguieron también un importante número de diputados los republicanos, 80, y estaban en minoría los carlistas con 36. Una vez electas, prepararon la nueva Constitución de 1869, publicada el 6 de Junio. El 18 de junio, el general Serrano juró ante las Cortes su cargo de Regente del Reino y el general Prim tomó posesión de la Presidencia del gobierno y del Ministerio de la Guerra¹²⁵⁹.

En líneas generales puede decirse que la Constitución de 1869 recogía los principios democráticos, continuando la línea de actuación del Gobierno provisional, inspirada, a su vez, en la filosofía emanada de las juntas revolucionarias. En el preámbulo de la Constitución se dice que las Cortes Constituyentes actúan en nombre de la Nación; aparece la idea fundamental del sistema, la soberanía nacional, defendida por progresistas y demócratas y contraria a la soberanía compartida (Rey y Cortes) del liberalismo doctrinario, que aparecía en la anterior Constitución moderada de 1845. Los principios que conforman el texto de 1869, pues, según su preámbulo, son la soberanía de la nación y el sufragio universal (masculino), y los fines serían la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos vivan en España. Habla exclusivamente de la Nación, y no se refiere a las diferentes regiones que la componen, lo que refuerza las tendencias centralistas que trajeron los Borbones a España, que a su vez exacerba los nacionalismos. A pesar de afirmar que la soberanía reside en la Nación, es una constitución que no renuncia a la monarquía y que le da al Rey potestad para promulgar y sancionar las leyes. Resulta difícil precisar la fecha en que perdió vigencia la Constitución de 1869, porque como aduce BARTOLOMÉ CLAVERO, se la hace para una Monarquía pendiente de

¹²⁵⁸ *Íd.*, p. 180.

¹²⁵⁹ ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, María Carolina. “Los derechos humanos en la Constitución de 1869” Capítulo IV de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p.111-133.

elección, y que no se asentará. Completa ese razonamiento el mencionado autor afirmando que la proclamación de la República, el 11 de febrero de 1873, sólo produce una derogación parcial. No afecta a su vigor la apertura de un nuevo proceso constituyente, cuya interrupción a principios de 1874 la deja suspensa. Ante tales hechos, se afirma que ya no más tendría vigencia¹²⁶⁰.

Con relación al derecho a la propia imagen, se ha de destacar que la mayor parte de los derechos de la persona está en el título primero, radicados a partir del artículo 1º al 31. La *inviolabilidad personal* parece estar configurada en los doce primeros artículos. En primer lugar se determina, al igual que en las constituciones anteriores, quienes son españoles (art. 1º), para enseguida establecerse las garantías de libertad (art. 2º, 3º y 4º). Después se dispone sobre la inviolabilidad del domicilio (art. 5º y 6º), también se regula la libertad de la correspondencia (art. 7º), y las garantías procedimentales (art. 8º, 9º y 10). No obstante, un artículo que quizás llame la atención, por su redacción, puede ser el 13, el cual establece que “Nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de *sus bienes y derechos*, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial. Los funcionarios públicos que bajo cualquier pretexto infrinjan esta prescripción serán personalmente responsables del daño causado. Quedan exceptuados de ella los casos de incendio o de inundación u otros urgentes análogos, en que por la ocupación se haya de excusar un peligro al propietario o poseedor, o evitar o atenuar el mal que se temiere o hubiere sobrevenido”. La palabra propiedad no aparece en la Constitución aunque sí propietario o poseedor. Aunque se ambicione dar una interpretación de tal precepto a los derechos de la personalidad, el propio contexto histórico-político o incluso literal del texto constitucional no permitiría tal pretensión. Por ello, me resta afirmar que está también ausente en la Constitución de 1869 la tutela normativa del derecho a la propia imagen.

Para ocupar el puesto de Rey se buscó un candidato en Portugal, en Italia, en Prusia y otros países, habiéndose prestado a ocupar el trono español el duque de Aosta, príncipe de la casa de Saboya, hijo del rey de Italia. Las Cortes, por mayoría, lo eligieron

¹²⁶⁰ CLAVERO, Bartolomé. *Manual de Historia constitucional de España*. Alianza Editorial, 1989, p. 98.

Rey de España el 16 de noviembre de 1870, y después de jurar la Constitución, fue proclamado con el nombre de Amadeo I, a principios de enero de 1871¹²⁶¹. Sin embargo, dos años más tarde, dada la actitud de los partidos políticos, el Rey se vio obligado a renunciar a la Corona el 11 de febrero de 1873. Se convocó, pues, una reunión conjunta de las dos Cámaras en la calidad de Asamblea Nacional, la cual asumió poderes, dispuso la elección parlamentaria de un Gobierno, acordó su responsabilidad ante las Cortes, y proclamó la República¹²⁶². Fue disuelta, posteriormente, por el General Pavía, porque no consiguió que ningún grupo político ofreciera una fórmula estable de gobierno. Tras un proyecto de constitución federal de la República en 1873, que no llega a materializarse, la Restauración de la dinastía Borbón, entre las Navidades de 1874 y 1875, da lugar a la Constitución de 30 de junio de 1876, sancionada por Alfonso XII (hijo de Isabel II), y obra de Cánovas del Castillo, que representa el retorno a la tendencia moderada¹²⁶³. Hubo teorías sobre la recuperación de vigencia de algunas de las anteriores Constituciones (de 1845 y de 1869), que como se ha visto no habían sido formalmente derogadas. Ante la inconveniencia de recurrir a los antiguos textos constitucionales, se hizo eco la idea de que era preciso elaborar una nueva Constitución que regulara la vida política bajo unos principios diferentes, y en consonancia con la situación y las necesidades de la época. Cánovas del Castillo consiguió imprimir un carácter renovador y conciliador entre el progresismo de la de 1869 y el conservadorismo de la de 1845. Logró reunir a un amplísimo grupo de políticos de heterogénea ideología, para que sentaran las comunes bases jurídicas del futuro y cimentaran un régimen duradero¹²⁶⁴. Es la de vigencia más larga, aun cuando experimenta un periodo de suspensión, en virtud del golpe de Estado dado por el general Primo de Rivera, el 13 de septiembre de 1923¹²⁶⁵. RODRÍGUEZ BOENTE matiza los cuatro principios fundamentales en los cuales se basó el texto de

¹²⁶¹ ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, María Carolina. “Los derechos humanos en la Constitución de 1869”... cit., p. 127.

¹²⁶² CLAVERO, Bartolomé. *Manual de Historia...* cit., p. 119.

¹²⁶³ Elaborado durante la I República que no llegó a promulgarse, que definía España como una República Federal, integrada por diecisiete Estados, que se daban su propia Constitución y que poseerían órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, según un sistema de división de competencias entre la Federación y los Estados miembros. Sin embargo, la imposibilidad de llegar a un acuerdo para articular el funcionamiento de los Estados dentro de la federación, impidió que llegara a buen fin el proyecto.

¹²⁶⁴ GACTO FERNÁNDEZ, ALEJANDRE GARCÍA y GARCÍA MARÍN. *Manual básico de Historia...* cit., p.416.

¹²⁶⁵ LALINDE ABADÍA, Jesús. *Iniciación Histórica al...* cit., p. 447.

1876: 1) la doctrina de la Constitución interna; 2) el doctrinarismo; 3) el ser, de forma similar a la Constitución de 1978, es decir, consensual; 4) la “tercera” constitución¹²⁶⁶. La soberanía es compartida entre el Rey y las Cortes. Los derechos y deberes de los ciudadanos están limitados por las leyes ordinarias. El poder legislativo es compartido entre las Cortes y el Rey, pudiendo éste último vetar leyes y disolver las cámaras. La Corona tiene el poder ejecutivo, pudiendo nombrar al jefe de gobierno y los ministros. Las Cortes son bicamerales, con un Senado formado por designación real y un congreso elegido por sufragio directo. El poder judicial tenía la potestad de aplicar las leyes en los juicios y los jueces se elegían mediante oposición, al igual que en la actualidad. Establece un sufragio censitario, hasta el año 1890 en el que pasa a ser sufragio universal masculino. Establece también un Estado confesional católico, si bien se toleran otras religiones siempre que lo respeten. Los ayuntamientos y diputaciones están bajo control gubernamental, organización centralista. El catálogo de derechos está dispuesto en los diecisiete primeros artículos en el Título I, de modo que la protección a la persona en sí misma considerada está radicada en los artículos 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10. Sin embargo, la redacción de tales artículos no deja margen para una interpretación que confiera una tutela constitucional al derecho a la propia imagen.

Situándonos, de nuevo, en el hilo de la Historia constitucional española, la crisis de la “Restauración” se debió a incontables causas. Destaca OTERO PARGA, entre ellos, la política inexperta de los partidos y del rey, la anulación o muerte de personajes políticamente relevantes, el distanciamiento, tanto de las normas como de las Instituciones legales de las realidades que se estaban viviendo en el país, el cansancio, la falta de interés y, en general, la pérdida de ilusión del ciudadano¹²⁶⁷. El Rey ante la situación en que se encontraba la Nación optó por suspender el ejercicio del poder real y

¹²⁶⁶ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1876”, Capítulo V de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p.135-175. La doctrina de la Constitución interna, según la autora, quiere decir que la soberanía de la nación reside en el Rey junto con las Cortes. La “tercera” Constitución sería la que descansa en el derecho consuetudinario o en esas prácticas vinculantes a las que se denomina “usos o convenciones constitucionales”, según SÁNCHEZ AGESTA (*Historia del constitucionalismo...* cit., p. 314).

¹²⁶⁷ OTERO PARGA, Milagros. “Los derechos humanos en la Constitución de 1931”, Capítulo VI de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p 176-206.

salir de España, sin renunciar por ello a sus derechos. Todas estas razones hacen posible la proclamación de la de la República, y de la posterior Dictadura. Fue el resultado, pues, del intento de sobrepasar una situación jurídico-social desprestigiada, frente a la cual no se veía otra solución. La Dictadura era casi esperada y en principio no fue mal recibida¹²⁶⁸. Después de varios acontecimientos y dificultades surgidas, las Cortes nombraron a una comisión jurídica presidida por Luis Jiménez de Asúa, el cual dio aires a un proyecto, que tropezó con dificultades y disensiones en torno a determinados aspectos, pero que al final fue aprobado como Constitución de la República española el día 9 de diciembre de 1931¹²⁶⁹. Estuvo vigente algo más de siete años, hasta marzo de 1939, pero desde mediados de julio de 1936, de forma casi teórica, por causa de la guerra civil que desembocaría en la Dictadura. No obstante, tuvo tiempo de programar normativamente y también perfilar institucionalmente un nuevo entendimiento del orden constitucional¹²⁷⁰.

La Constitución de 1931 tuvo como influencias las constituciones mexicana (1917), de Weimar (1919) y austríaca (1920). Su estructura cambia, aunque no esencialmente, por el cambio de forma de gobierno. No abandonó el individualismo, aunque atiende al aspecto social, ni el unitarismo, aunque hace concesiones al regionalismo. Proclamó la soberanía popular, contenía una declaración de derechos sociales, económicos y laborales, y estableció el derecho al sufragio activo (y pasivo) universal, directo, igual y secreto. Dedicó el Título III, del artículo 25 al 50, a los derechos y deberes de los españoles. Se divide tal Título en dos capítulos, el primero rotulado de *garantías individuales y políticas*, y el segundo intitulado de *familia, economía y cultura*. Un artículo que merece que se le haga referencia, por ser novedoso, es el 25, el cual establece la *igualdad*, afirmando que “No podrán ser fundamentos de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios”. Los artículos que quizás mejor configuren la inviolabilidad personal están

¹²⁶⁸ SÁNCHEZ AGESTA. *Historia del constitucionalismo...* cit., p 461.

¹²⁶⁹ GACTO FERNÁNDEZ, ALEJANDRE GARCÍA y GARCÍA MARÍN. *Manual básico de Historia...* cit., p. 432.

¹²⁷⁰ CLAVERO, Bartolomé. *Manual de Historia ...* cit., p. 171.

reflejados a partir del 27 hasta el 36. No obstante, nada de nuevo se ha de agregar sobre la tutela jurídico-constitucional al derecho a la propia imagen.

El golpe militar iniciado el 18 de Julio de 1936 y la consiguiente Dictadura Franquista dieron a España una regulación constitucional *sui generis*, caracterizada por la aprobación de las llamadas Leyes Fundamentales¹²⁷¹. Como el propósito de este trabajo es investigar los textos constitucionales, como ya explicado en el inicio del apartado, no entraré en el mérito de tales leyes. Seguiré el estudio para analizar el derecho a la propia imagen en la *democrática* Constitución Española de 1978.

4.2 El derecho a la propia imagen en la Constitución Española de 1978

De hecho, como se ha analizado, antes de 1978, el derecho a la propia imagen nunca había sido regulado en la tradición constitucional española. En efecto, no obstante los numerosos precedentes de regulación de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones en las constituciones antecesoras, no hubo nada relacionado a la propia imagen, ni tampoco al honor o a la intimidad *stricto sensu*. Es novedoso, pues, el artículo 18.1, de la Constitución Española de 1978, que dispone que “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Sin embargo, para iniciar el desarrollo de este apartado, es oportuno de registrar, aunque de modo breve, el contexto de la elaboración parlamentaria de la inserción del derecho a la propia imagen en dicho texto constitucional.

Como consecuencia de la reforma política realizada en España, con la ruptura institucional del periodo franquista, se hizo necesario elaborar un texto constitucional que atendiera los reclamos democráticos de la nación. Desde las luchas contra el Antiguo Régimen, nunca de hecho se había alcanzado una asamblea constituyente con tal grado y nivel de legitimidad popular, con votación de ochenta por ciento del cuerpo electoral,

¹²⁷¹ Como relata PÉREZ ROYO (J. *Curso de Derecho ...cit.*, p. 121) el régimen político nacido de la Guerra Civil no llegó nunca a disponer de una Constitución Política, pero dispuso de una serie de normas denominadas Leyes Fundamentales, a través de las cuales fue dotándose de una serie de instituciones políticas inspiradas en el corporativismo fascista italiano bautizadas con una terminología arcaizante.

incluidas las mujeres. Se eligieron los representantes, los cuales en más de un noventa por ciento se pronunciaron a favor del texto constitucional¹²⁷². TOMÁS Y VALIENTE califica la actual Constitución como progresista, y la sitúa dentro de la serie formada por las de 1812, 1869 y 1931¹²⁷³. Dentro de esta línea, explica RUBIO LLORENTE que tal adjetivo para el Texto de 1978 se justifica en el hecho de que las fuerzas políticas que participaron en el proceso constituyente coincidieron en razonar que el único modelo utilizable para la organización política era el que garantizara a los ciudadanos la libertad, ofreciera a todas las fuerzas políticas la posibilidad real del acceso pacífico y democrático al poder, además de asegurar a las regiones histórica y culturalmente diferenciadas cierto grado de autonomía política¹²⁷⁴. Sobre este hilo conductor se estableció el Estado Social y democrático de Derecho Español, con una *Constitución de compromiso*¹²⁷⁵.

A dicho efecto, una vez constituidas las nuevas Cortes, con arreglo a lo dispuesto en la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 26 de julio de 1977, creó la Comisión Constitucional, que más tarde pasaría a denominarse “Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas”¹²⁷⁶. El Congreso de los Diputados, el 27 de julio de 1977, acordó nombrar una Ponencia para que se redactara el proyecto correspondiente. De ella formaron parte representantes de todos los Grupos Parlamentarios existentes en la Cámara, con excepción del Grupo Mixto, quedando, pues, constituida el 22 de agosto. Se suele identificar cuatro distintas fases en la elaboración del texto: 1ª) la elaboración del primer borrador por la Ponencia¹²⁷⁷ (22 de agosto a 22 de diciembre de 1977), del cual se compuso un primer texto (BO de las Cortes, n. 44, de 5 de enero de 1978); 2ª) la revisión del primer texto, tras el análisis de las enmiendas por la Ponencia, lo que produjo el

¹²⁷² MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel. “La Constitución Española de 1978 en la historia del constitucionalismo español” en *La Constitución Española de 1978: Estudio sistemático* (dir. Alberto Predieri y E. García de Enterría). Editorial Civitas, 1984, p. 24.

¹²⁷³ TOMÁS Y VALIENTE. *Códigos y Constituciones...* cit., p. 147.

¹²⁷⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 33.

¹²⁷⁵ JIMENEZ CAMPO, Javier. “Crisis política transición al pluralismo en España (1975-1978)” en *La Constitución Española de 1978: Estudio sistemático* (dir. Alberto Predieri y E. García de Enterría). Editorial Civitas, 1984, p.91.

¹²⁷⁶ HERRERO-TEJEDOR, F. *Honor, intimidad ...* cit., p. 49 y ss.

¹²⁷⁷ Los trabajos de la Ponencia se iniciaron con tres ponentes que eran profesores universitarios: PECES BARBA, del Grupo Socialista; SOLE TURA, del Comunista y FRAGA IRIBANE de Alianza Popular.

Anteproyecto publicado en el BO de las Cortes n. 82, de 17 de abril de 1978. Este periodo se descompone en dos: el primero, de presentación y publicación de las enmiendas (enero de 1978); el segundo, en el cual se hizo el trabajo propiamente dicho de la Ponencia (del 1 de febrero al 10 de abril de 1978); 3ª) se hace el Debate en Comisión desde el 5 de mayo hasta el 20 de junio de 1978. Tal periodo, en realidad, se divide en dos muy diferentes: el anterior al llamado “consenso”, durante el cual no se modificó mucho el texto segundo la Ponencia, y estuvo a cargo de los trabajos parlamentarios el Ministro de Justicia Sr. Lavilla; y el posterior a dicho consenso, negociado en vía extraparlamentaria por el vicepresidente del Gobierno, Sr. Abril Matorell. Como conclusión, se publicó el dictamen en el BO de las Cortes n. 121, de 1 de julio de 1978; 4ª) Del 4 al 21 de julio: el debate en el Pleno, que termina en la votación final del día 21 de julio, en la que se aprobó, y en el texto publicado en el BO de las Cortes nº 136, del 25 de julio de 1978¹²⁷⁸.

El texto pasó al Pleno, que lo aprobó el 21 de julio, remitiéndolo al Senado, que perfeccionó algunos extremos. El 31 de octubre fue aprobado definitivamente por el Pleno del Congreso; el 2 de noviembre por el del Senado, y el 6 de diciembre por referéndum de todos los españoles. El 27 siguiente fue sancionado por el Rey, publicándose en el BOE del día 29, entrando en vigor el mismo día de su publicación, conforme a lo establecido en su disposición final. Se trató de un proceso constituyente peculiar y largo, caracterizado por un cúmulo de circunstancias tales como, la inexistencia de un gobierno provisional, dualidad de Cámaras, continuidad con la legalidad anterior, exclusión del Grupo Mixto del Congreso, confidencialidad y tardanza en los trabajos de la Ponencia, abandono durante un tiempo del representante del grupo socialista en los trabajos y, abstención de los diputados del PNV en la votación final sobre el proyecto de Constitución. Se reiteró la necesidad de llegar a un consenso como fundamento del orden constitucional, buscando la proclamación de puntos de convergencia¹²⁷⁹. El texto constitucional Español de 1978 fue el producto de la negociación, de la evolución, del pacto entre fuerzas políticas que mantenían posturas

¹²⁷⁸ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L. *Honor, intimidad e imagen...cit.*, p. 79.

¹²⁷⁹ *Íd.*, p. 81.

ideológicas muy disímiles y, aun adversas, entre sí. Cuando se redactó la Constitución, el enfrentamiento ideológico era sustancial e intenso. Hubo acuerdo sobre los términos utilizados en los artículos, pero fijándose más en los significantes que en los significados¹²⁸⁰. El resultado fue, en muchas disposiciones, preceptos de incontestable vaguedad o ambigüedad, susceptibles de diversas y aun opuestas interpretaciones. Por ello se aseguraba su permanencia, pues desde un punto de vista social y político se consiguió una Constitución que podía ser aceptada por todos, porque todos la podían interpretar conforme su ideología. Esta forma que ha adquirido la Constitución Española, la cual aporta una línea directriz, un criterio orientador y vinculante, y que establece unos mínimos para que se respete y se garantice la dignidad de la persona humana, está en consonancia con los preceptos del Derecho Constitucional moderno, el cual exige que cualquier texto constitucional que se cualifique de democrático tiene que revestirse de una textura abierta y plural, para que se potencie la amplitud de su eficacia y efectividad normativa.

4.2.1 *El artículo 18.1 de la Constitución Española: honor, intimidad y propia imagen*

Con relación al derecho a la propia imagen, es oportuno resaltar que la inserción de la palabra “imagen” en redacción del artículo 18.1 inaugura la tutela constitucional expresa del derecho a la propia imagen no sólo en la historia constitucional española, sino en el constitucionalismo occidental. Muchos autores citan la Constitución de la República Portuguesa de 1976 como la primera Constitución que elevó este derecho al grado de constitucional, mas, como he examinado¹²⁸¹, el vocablo “imagen” no figuraba de modo expreso en el original artículo 33 del texto constitucional democrático portugués. No es mi intención, con esta afirmación, decir que el aludido artículo 33, de la Constitución Portuguesa de 1976, no tuvo influencia en la redacción del artículo 18.1, de la Constitución Española. Los hechos y los textos históricos comprueban tal relevante influjo. Lo que sí quiero resaltar es que se denota de la lectura del texto originario constitucional portugués, como se ha visto en el capítulo precedente, la ausencia de la

¹²⁸⁰ BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, p. 30.

¹²⁸¹ *Vid.*: Capítulo III, epígrafe 3.2

palabra “imagen”. Es un aspecto formal que tiene su trascendencia para el Derecho Positivo Constitucional y para quien destaca el enfoque positivista como forma de interpretación de las normas.

Aclarado este punto, no obstante la innovación del constituyente español de 1978, la forma como se ha redactado y el contenido del artículo 18.1 han suscitado varias interpretaciones, críticas y opiniones. En este sentido, resalta PARDO FALCÓN que el derecho a la propia imagen no aparece inicialmente inserto en el Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados (BOC de 5 de enero de 1978), aunque sí alude de manera expresa en el artículo 20.5, como uno de los límites específicos de las libertades de expresión¹²⁸². La redacción primitiva del párrafo, según apareció en el Anteproyecto de Constitución era el artículo 21 apartado 1, del borrador publicado en la prensa diaria el 25 de noviembre de 1977, y decía “Se garantiza el honor y la intimidad personal y familiar”. El Anteproyecto del texto publicado en el BOC de 5 de enero 1978, mantiene la misma redacción, sin bien incluida en el artículo 18. Este texto fue objeto de tres enmiendas en el Congreso de los Diputados: 1ª) la (enmienda nº. 2) de D. Antonio Carro Martínez proponía la suspensión del párrafo 1 del artículo 18, porque su contenido se hallaba recogido en el artículo 20.6; 2ª) la de D. Jesús Sancho Rof (UCD) – enmienda nº 716 – que planteaba oportunamente la inclusión de la garantía del derecho a la propia imagen, en relación con lo previsto en el 6 del artículo 20; 3ª) la de UCD (enmienda nº 779) que proponía la redacción actual del artículo 18.1. Se alteró el artículo conforme las propuestas de las últimas dos enmiendas, no aceptándose la nº 2, de Carro Martínez (AP). Concluida por la Ponencia designada al efecto, el estudio de las enmiendas presentadas al Anteproyecto de Constitución, el BO de las Cortes, de 17 de abril de 1978, publicó el informe de la Ponencia, y como Anexo al mismo, el texto de Anteproyecto, con las modificaciones introducidas a consecuencia de dicho informe. Ya en el Senado, este artículo fue objeto de una sola enmienda (nº 145), que iba firmada por el senador (por designación real) Camilo José Cela Y Trulock, quien proponía el siguiente texto: ‘Se

¹²⁸² PARDO FALCÓN, Javier. “La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen” en *Propiedad y Derecho Constitucional*, coord. Francisco J. Bastida, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p. 349.

garantiza el derecho al honor y a la intimidad'. 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 anteriores¹²⁸³. Dicha enmienda fue rechazada y el artículo permaneció con la redacción ahora en vigor, con el reconocimiento expreso del derecho a la propia imagen como derecho autónomo, y convirtiéndose así la Constitución Española en la primera en este terreno¹²⁸⁴.

Sobre esta tramitación en la Asamblea Constituyente Española, sostiene ALEGRE MARTÍNEZ que el derecho a la propia imagen pasó casi desapercibido durante el debate constituyente como ha sido su casi total ausencia en los textos internacionales, en el Derecho comparado, y en el constitucionalismo histórico español¹²⁸⁵. No obstante, se nota, pues, la intención de otorgar una efectiva y expresa protección a estos tres derechos, tras la positivación conferida a ellos por la Constitución de 1978 en el artículo 18.1. En efecto, la doctrina española y la jurisprudencia constitucional parecen coincidir, en su mayoría, en que el fundamento común de los derechos recogidos en el artículo 18 CE no es otro que el principio de dignidad de la persona humana. Plantean que tales derechos regulados poseen un significado *personalista*, estrictamente vinculados a la propia personalidad, y derivados, sin duda alguna, de la dignidad de la persona¹²⁸⁶. Corroborando este sentido, el texto de 1978 expone en el artículo 10.1, del Título I, de los derechos y deberes fundamentales, que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden y de la paz social”¹²⁸⁷.

Sin embargo, es oportuno aclarar un debate sobre la configuración constitucional del derecho a la propia imagen en España, que se ha suscitado en torno de su autonomía. Afirma AZURMENDI ADARRAGA, por ejemplo, que el enunciado constitucional (Se

¹²⁸³ LOPÉZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho...* cit., p. 26.

¹²⁸⁴ HERRERO-TEJEDOR, F. *Honor, intimidad ...* cit., p. 49 y ss.

¹²⁸⁵ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen. ...*cit., p. 37.

¹²⁸⁶ LOPÉZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el...*cit., p. 27.

¹²⁸⁷ GITRAMA GONZÁLEZ, M. “El derecho a la propia imagen, Hoy” ... cit., p. 206.

garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) tiene el carácter de ambiguo, porque se entiende que es un derecho distinto al de la intimidad, pero no dilucida si intimidad personal y familiar e imagen integran un derecho más amplio: el derecho a la vida privada¹²⁸⁸. La autora opina que la doctrina española, en general, considera confusa la redacción cuando se emplea el singular “el derecho a” para aludirse simultáneamente al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La polémica doctrinal, pues, se centró en discutir si se trata de un sólo derecho o de tres distintos. Sostiene la autora que si se entiende que existe únicamente un derecho, se vería que la Constitución Española estaría directamente relacionada a la herencia del *right of privacy* estadounidense¹²⁸⁹. No obstante, ninguna aclaración se consigue de proceso de la elaboración del artículo, pues no hay un hilo conductor que permita aclarar esta discusión. La tesis monista sostiene, por su parte, que el constituyente ha querido seguir la tendencia que propende a englobar en un único derecho los distintos instrumentos de tutela jurídica de la vida privada, reiterando su positivación como un derecho único, que engloba una pluralidad de manifestaciones¹²⁹⁰. De hecho, la redacción del artículo 18.1, induce a pensar que el constituyente ha considerado los distintos supuestos que en él se enumeran, para ser objeto de tutela, como manifestaciones de un derecho único. Al garantizar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como el reconocer la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones, da margen a la interpretación de que el propósito deliberado fue englobar en un derecho único y omnicompreensivo los distintos instrumentos de tutela jurídica de la vida privada. El derecho a la propia imagen, al secreto o al domicilio, serían, pues, manifestaciones concretas del derecho a la intimidad¹²⁹¹. Se plantea que los derechos del artículo 18.1 van dirigidos a la protección de la vida privada en relación con los particulares, y serían los jueces quienes, en la aplicación concreta del derecho, deben desarrollar una labor de determinación y precisión. El tratamiento conjunto está justificado, a juicio de la corriente monista, en

¹²⁸⁸ AZURMENDI ADARRAGA, *op. cit.*, p.133.

¹²⁸⁹ *Íd.*, p.134.

¹²⁹⁰ PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos...* cit., p.331-2.

¹²⁹¹ ROMERO COLOMA, Aurelia María. “El derecho a la intimidad privada y su problemática (1)”, en *Actualidad Civil*, v. 2, n.º 29, 1989, p. 2.250.

atención al bien jurídico protegido en última instancia: la intimidad de la persona que es, a su vez, corolario de la dignidad, proclamada en el artículo 10 de la Constitución¹²⁹².

Sobre el asunto, sin embargo, GARCÍA MORILLO sostiene que el artículo 18.1, de la Constitución, posee un carácter tridimensional, por proteger los tres bienes, indicando su configuración eminentemente negativa¹²⁹³. Aduce que la norma comporta, respectivamente, la entrega a la persona de una triple facultad encaminada a: protegerle de ofensas que comprometan su buen nombre y reputación social; de atentados contra la reserva de su vida privada, a causa de intromisiones ajenas en su vida íntima; y de manipulaciones en la proyección de su personalidad individual en el ámbito social. Siguiendo este planteamiento, PARDO FALCÓN afirma que el artículo 18, de la Constitución española de 1978, reconoce una pluralidad de derechos con suficiente grado de conexión entre sí como para que hayan merecido por parte del constituyente un tratamiento conjunto dentro de este mismo artículo. No obstante, sus también indudables peculiaridades se han erigido en uno de los principales obstáculos con que se han topado los especialistas de muy diversas ramas del derecho a la hora de encontrar una denominación común bajo la que clasificarlos satisfactoriamente¹²⁹⁴. El derecho a la propia imagen se incluyó en el artículo 18.1, de la Constitución Española, junto con el del honor y a la intimidad porque el *iter constituyente* estimó preferible recoger y acoger en la Constitución una declaración de derechos de la persona en vez de no hacerlo como, salvo la Constitución de Portugal, se ha hecho en el resto de Europa¹²⁹⁵. Podría decirse, pues, que el derecho fundamental a la propia imagen es un derecho separado de la matriz omnicompreensiva de otros derechos, ya antes fundamentales, respondiendo a una exigencia planteada por la realidad. La Constitución Española ha querido responder a esta circunstancia recogiendo en su catálogo de derechos fundamentales este derecho reciente

¹²⁹² Vid. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L. *Honor, intimidad e imagen...cit.*, p. 72 y GARRIDO FALLA, Fernando (et. All). *Comentarios a la Constitución*. Civitas, 2001, p.398-423.

¹²⁹³ GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El régimen constitucional español*. Barcelona, 1980, p. 157.

¹²⁹⁴ PARDO FALCÓN, Javier. “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, n. 34, 1992, p. 141-143.

¹²⁹⁵ MESA GUTIÉRREZ, José Luis de. “Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen y las libertades de expresión e información” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993; p.385-393.

al lado de sus “progenitores”, los derechos al honor y a la intimidad¹²⁹⁶. Tal reconocimiento, sin embargo, permite mantener su construcción doctrinal como dentro de la idea de la posición pluralista, que entiende que son derechos distintos y no configuran un único derecho, prevaleciendo tal tesis tanto en la jurisprudencia como en la doctrina españolas¹²⁹⁷. De hecho, como he defendido en este trabajo¹²⁹⁸, a pesar de la fácil confusión entre ellos, que poseen una raíz histórica común y que coinciden en ser derechos fundamentales, en ser derechos de la personalidad y en tener muchas normas comunes en la propia Ley Orgánica española que los regula, la Constitución los diferencia terminológicamente, de modo que debe entenderse que son derechos absolutamente autónomos. Los tres derechos poseen concepto, rasgos, circunstancias y efectos completamente distintos, lo que favorece el entendimiento de que son tres derechos y no sólo uno. En este contexto, CARRILLO plantea que los tres derechos reconocidos por el mencionado artículo 18.1 manifiestan su propia especificidad, y todos ellos por separado pueden legitimar una acción jurídica autónoma dirigida a su tutela jurisdiccional ante un acto lesivo. Son, pues, tres derechos distintos, y defiende que la Constitución Española no reconoce un derecho a la personalidad de factura tridimensional¹²⁹⁹.

Ahora bien, la interrelación existente entre todos ellos justifica un carácter unitario basado en el valor de la dignidad y destinado a proteger la inviolabilidad personal de los individuos. Este parece ser el entendimiento del Tribunal Constitucional Español que, al interpretar el aludido artículo 18.1, ha reconocido la autonomía del derecho a la propia imagen, distinguiéndolo del derecho al honor y del derecho a la intimidad en su doctrina, pues “En la Constitución Española *ese derecho se configura como un derecho autónomo*, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las

¹²⁹⁶ GORROTXATEGI AZURMENDI, Miren. “El derecho a la imagen, objeto de jurisprudencia constitucional” ... cit., p. 349-374.

¹²⁹⁷ SEMPERE RODRÍGUEZ, Cesar. “Art. 18 – Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (dir. Oscar Alzaga Villaamil), Tomo II, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p. 388.

¹²⁹⁸ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.5 y ss.

¹²⁹⁹ CARRILLO, Marc. “El derecho a la propia imagen...cit., p. 12.

personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo artículo 18.1 del Texto constitucional. No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 13)¹³⁰⁰.”

4.3 El concepto constitucional del derecho a la propia imagen

Al analizar lo que se ha escrito sobre el derecho objeto de esta investigación, es incuestionable verificar que el concepto que he propuesto para desarrollar el trabajo proviene, sustancialmente, de los planteamientos de la experiencia española. Los motivos que justifican esta afirmación ya han sido planteados en la introducción de la tesis doctoral, razón por la cual reitero que ha sido la configuración hispánica del derecho a la propia imagen la que me más me aportó para que yo llegara conclusión de que la tutela jurídica de la propia imagen protege la facultad de aprovechar (positiva) o de excluir (negativa) la posibilidad de representación gráfica (la captación, la reproducción, la publicación) de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularicen y tornen reconocible la figura de la persona humana¹³⁰¹. Lo que

¹³⁰⁰ Además de esta sentencia, el TC en otras oportunidades ha indicado esta autonomía: “el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor ...” (STC 99/1994, de 11 de abril FJ5); “el derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad” (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ3).

¹³⁰¹ Vid. ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen*. Editorial Tecnos: Madrid, 1997; AMAT LLARI, Eulalia. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. La Ley: Madrid, 1992; AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Editorial Civitas, Madrid, 1997; BARNETT, S. R. “El derecho a la propia

imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia con el Derecho español”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n. 237, julio-septiembre, 2000, p. 1229-1230; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Año XX, n° 4708, p. 01-08; CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: calumnias e injurias*. DYKINSON: Madrid, 2004; CASAS VALLES, Ramón: “Honor, intimidad e imagen: su tutela en la LO 1/82”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 2, 1989; pp. 9-95; CASAS VALLÉS. “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación” en *Poder Judicial*, n. 14, junio, 1989, Madrid, p. 131-144; CARRILLO, Marc. “El derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 63-90; CARRILLO, Marc. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental” en *Revista Jurídica de Asturias*, n.18, 1994, p. 07-30; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Bosch Casa Editorial S.A: Barcelona, 1996; COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica, consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*. Madrid: Trama, 2005; CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*. Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995; DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción. “El derecho a la propia imagen de los personajes públicos: algunas reflexiones a propósito de las 139/2001 (Caso Cortina) y 83/2002 (Caso Alcocer)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, n. 67, enero-abril de 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 285-315; DE LA VALGOMA, María. “Comentario a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” en *Anuario de Derechos Humanos*, n.2, Marzo 1983, Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, p. 647-671; ENRICH, Enric. “El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión”. *Revista Jurídica de Cataluña*. Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación (1985), n. 3, 2004, p. 795-812; ESTRADA ALONSO, Eduardo. *El derecho al honor en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo*. Madrid: Civitas, 1989; ESTRADA ALONSO, Eduardo. “El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo” en *Actualidad Civil*, N° 25, Semana 18-24 de Junio de 1990 (2), XXV, p.347-364; GARCÍA GARNICA, María Carmen. “Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y la propia imagen y su trascendencia jurídica” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González), Vol. 1, 2004, p. 1867-1884; GINESTA AMARGOS, J., *Ius imaginis*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 4, 1983, p. 897-916; GITRAMA GONZÁLEZ, M. “Derecho a la propia imagen”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Tomo XI, Barcelona 1979, p. 301-376.; GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. “El derecho a la propia imagen hoy” in *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España / Consejo General del Notariado, Madrid, Vol. VI, p. 203-252, GORROTXATEGI AZURMENDI, Miren. “El derecho a la imagen, objeto de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.42, mayo-agosto de 1995, p. 349-374; HERCE DE LA PRADA, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Jose María Bosch Editor: Barcelona, 1994; HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Editorial Colex: Madrid, 1994; IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Editorial Tecnos S. A., Madrid: 1991; SALVADOR CODERCH, Pablo (director) [et al]. *El mercado de las ideas*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1990; LAMA AYMÁ, Alejandra de. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006; LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. *El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices – publicitarios*. Vision Net: Madrid, 2005; SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Libertad de expresión e Información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1995; MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*. Bosch: Barcelona, 2004; O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “Honor, Intimidad y Propia Imagen en la Jurisprudencia de la sala 1a del Tribunal Supremo” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 151-205; O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” in *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española*, Vol. 1, 1992, pags. 543-625; O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites:*

quiero transmitir con esta afirmación es que no voy y no sería conveniente que en este apartado repitiera todo lo que he descrito en el Capítulo II, sobre el concepto jurídico de propia imagen, es decir, qué rasgos identifican una persona, la titularidad de tal derecho, las facultades que la tutela jurídica proporciona, si es o no un derecho autónomo y otras características que ya han sido tratadas. En este Capítulo abordaré la peculiar configuración constitucional del derecho a la propia imagen en España y sus diferencias con los otros dos países respecto de los cuales se está haciendo la comparación.

En este sentido, 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 del derecho *fundamental* de la propia imagen y el ámbito *patrimonial*-civil que el derecho a la propia imagen puede tener. En España se clasifica la facultad negativa (de exclusión) como el concepto constitucional de imagen, de otro lado, la facultad positiva (de aprovechamiento) sería su vertiente patrimonial-infraconstitucional. Como nos explica LÓPEZ MINGO TOLMO el derecho constitucional a la propia imagen es el de carácter moral, espiritual, integrado en los denominados derechos de la personalidad. Sería el derecho que se tiene a que los rasgos que identifican y distinguen al individuo de los demás no sean divulgados sin su consentimiento¹³⁰². El derecho patrimonial a la propia imagen es la proyección estrictamente económica, material, simplemente pecuniaria, es el derecho subjetivo

honor, intimidad e imagen. Editorial Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA), Madrid: 1991; PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “Sobre el derecho a la propia imagen”, en *Poder Judicial* (1981) n. 10, 1988, p. 75-82; PLAZA Y JABAT, Soledad. “El derecho a la imagen, su naturaleza y forma de explotación. Breve referencia a su tratamiento tributario”, en *Crónica Tributaria*, n.81, 1997, p.87-100; ROVIRA SUEIRO, Maria E. *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. CEDECS Editorial: Barcelona, 1999; ROYO JARA, Jose. *La protección del derecho a la propia imagen: actores y personas de notoriedad pública según la ley 5 de mayo de 1982*. Editorial Colex: Madrid, 1987; RUIZ Y TOMÁS. *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*. Madrid: Reus, 1931, MANZANARES SAMANIEGO, José Luís. “El Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Alemán”, *Boletín de información*, Madrid, a.45n.1619, (05 de diciembre), 1991, p. 6124-6130; DE MESA GUTIERREZ, José Luis. “Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen y las libertades de expresión e información” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993; p.385-393, entre otros.

¹³⁰² LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. *El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices – publicitarios*. Vision Net: Madrid, 2005, p. 29-30.

patrimonial que tiene protección infraconstitucional, se trataría de la dimensión legal del derecho a la propia imagen, no como derecho fundamental, sino como supuestamente un derecho de propiedad intelectual más.

Para corroborar esta tesis de distinción, es conveniente traer a colación la aclaradora STC 81/2001, que delimita el ámbito de protección constitucional de tal derecho: “En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde (...) El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 13). (...) 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 externas”¹³⁰³.

En esta línea de razonamiento, conviene referirse a las palabras de URÍAS que esclarece que el bien protegido (constitucional) no es, desde luego, la capacidad de enriquecimiento, sino la dignidad de la persona¹³⁰⁴. 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

¹³⁰³ Doctrina que sigue en la STC 156/2001, de 2 de julio FJ6 y STC 83/2002, de 22 de abril, FJ4.

¹³⁰⁴ URÍAS MARTÍNEZ, J. P. *Lecciones...cit.*, p. 148 y ss.

explotado comercialmente. La utilización de la imagen de un ciudadano para estos fines supone un modo de humillación que viene a degradar el concepto mismo de persona, y por eso lo prohíbe la Constitución. Como conclusión, URÍAS plantea que la gran innovación y beneficio constitucional que se ha introducido en la Constitución Española sobre los negocios relativos a la propia imagen es que dichos negocios pueden ser siempre revocables por el ciudadano. De hecho, inicialmente, lo que se extrae de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la propia imagen 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 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 infraconstitucional¹³⁰⁵. El artículo 18.1 de la CE limita su extraordinaria tutela al núcleo fundamental de manifestaciones reservadas de una persona y está sentada para que las concretas manifestaciones empleadas no comprometan valores fundamentales de la personalidad del efigiado¹³⁰⁶. El resto de manifestaciones y en particular las que afectan exclusivamente a aspectos patrimoniales y no morales se protegen a través de la legalidad ordinaria. Por ello, se entiende que las otras derivaciones de la imagen humana, como puede ser su rendimiento económico, no entran dentro de la protección constitucional del derecho a la propia imagen, pues como afirma PÉREZ ROYO la propia imagen es un derecho de la personalidad, la explotación económica de la propia imagen no lo es¹³⁰⁷.

Sin embargo, tal clasificación no impide, como el propio TC advierte, que la utilización comercial sin consentimiento de la imagen de una persona siga constituyendo

¹³⁰⁵ PASCUAL MEDRANO, A. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 81-82.

¹³⁰⁶ COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica...* cit., p. 105-106.

¹³⁰⁷ PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho...* cit., p. 386.

una vulneración del derecho fundamental. La captación, reproducción o publicación sin consentimiento de la imagen de una persona, con independencia de su finalidad, constituye, en principio, una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, ya que, con ello, se está interfiriendo en el ámbito de libre determinación individual amparado por el mismo. El hecho de que el uso incontestado de la propia imagen tenga fines comerciales no excluye un daño moral – una lesión del derecho fundamental – al margen del perjuicio patrimonial¹³⁰⁸. Como han reconocido tanto el 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)¹³⁰⁹. Se tendrá, en estos casos, pues, un cometido *híbrido o heterogéneo* del contenido moral/negativo del derecho a la propia imagen. No obstante tan neta división entre los dos conceptos del derecho a la propia imagen en España, reitero lo que ya he descrito en esta investigación sobre la consideración del aspecto patrimonial del derecho a la propia imagen: aunque los propósitos del titular se inclinen precisamente para la obtención de lucro, con el uso consentido de la representación de sus evocaciones personales, siempre su imagen estará conectada a su *individualidad*, 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 personalidad¹³¹⁰. Esta opinión ya fue expresada por el Tribunal Constitucional Español, que en la STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3, admite que “mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la

¹³⁰⁸ PASCUAL MEDRANO, A. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 81-82.

¹³⁰⁹ PARDO FALCÓN, Javier. “La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen”... cit., p. 347-375.

¹³¹⁰ En este sentido plantea GORROTXATEGI AZURMENDI (M. “El derecho a la imagen, objeto de la jurisprudencia constitucional”... cit., p. 349-374) que “si bien su dimensión patrimonial ha de modular el régimen aplicable, admitiendo su disposición, también hay que tener presente el estado latente del derecho de la personalidad que debe poder aflorar cuando su titular lo estime conveniente. No puede obligarse a una persona que, p.e., haya cedido el poder de difundir su imagen a cambio de un precio en determinado momento de su vida, a que soporte su difusión en cualquier momento futuro. La imagen, unida indisolublemente a la persona, se implica en el desarrollo de su personalidad; la comprensión de su uso puede variar en el tiempo. No aceptar esta evolución que comporta cambio, sería negar un aspecto de la personalidad desarrollada. No puede negarse a nuestro juicio, la extensión de un derecho constitucional en base a su limitación proveniente de un título civil contractual”.

revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; *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*¹³¹¹”. Al analizar tales supuestos, ha de prevalecer, pues, una concepción ecléctica o finalista, como defiende GARCÍA GARNICA, 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 patrimonial¹³¹².

En realidad, un interrogante que se ha de suscitar es cuál sería el motivo de esta discusión material 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 Constitución Española, que

¹³¹¹ No obstante en el FJ 2 de la STC 81/2001, de 26 de marzo y en el FJ 6 de la STC 156/2001, de 2 de julio rechaza el Alto 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.

¹³¹² GARCÍA GARNICA, María Carmen. “Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y la propia imagen y su trascendencia jurídica” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González), Vol. 1, 2004, págs. 1867-1884.

proclama que “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”. Esta orientación constitucional se plasmó en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la cual en el art. 2.1.b), nos indica que “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.” Por ello, en una de las oportunidades que ha sido instado para pronunciarse sobre el aspecto positivo del derecho a la propia imagen, el Alto Tribunal delimitó su campo de actuación material: como asevera la STC 321/1988, “no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos *patrimoniales*”. Sobre tal deslinde, aduce de forma congruente PADO FALCÓN que la dimensión personal del derecho a la propia imagen ha de estar integrada por el aspecto negativo del derecho consistente en la facultad de oponerse a cualquier injerencia no consentida en la propia imagen cualquiera 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 tener¹³¹³. Esta postura sería la más adecuada a la finalidad del constituyente 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.

¹³¹³ PADO FALCÓN, Javier. “La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen”... cit., p. 368. El autor ofrece el buen ejemplo del caso del uso consentido de la imagen por los medios de comunicación que hacen quienes se dejan fotografiar para ilustrar un reportaje sin recibir contraprestación pecuniaria, o también el de la utilización autorizada mediante contrato, a título gratuito, con una finalidad publicitaria sin ánimo de lucro (de carácter institucional ...).

Ante tales digresiones conceptuales, cuando se analiza la jurisprudencia constitucional, la aportación más destacada y primordial es que se hace una distinción material del derecho a la propia imagen en dos ámbitos, el moral (constitucional) y el patrimonial (comercial). El primero, constitucional, representa la facultad de evitar la difusión incondicionada del aspecto físico, pues éste constituye el primer elemento configurador de la *individualidad* de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual¹³¹⁴. Este aspecto constitucional del derecho a la propia imagen pretende garantizar la *inviolabilidad personal* que condiciona, por su parte, el libre desarrollo de la propia personalidad, y por estos motivos, esta vertiente constitucional puede ser invocada a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De otro lado, el ámbito patrimonial se identifica con la facultad de explorar comercialmente la imagen concretada, con contornos estricta y evidentemente mercantiles, ratificando la posibilidad de explotación económica de la propia imagen, pero la defensa de esa dimensión económica del derecho a la propia imagen, sólo tendrá acceso al Tribunal Supremo si se dan los presupuestos genéricos, pues no tiene consideración de amparo ante el Tribunal Constitucional. En definitiva, la importancia de diferenciar entre la dimensión moral y la patrimonial del derecho a la propia imagen radica en que esta última no es susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional y se sitúa extramuros de la protección constitucional del artículo 18.1, de la Constitución Española, aunque la tutela de la ley seguirá siendo invocable ante la jurisdicción ordinaria, incluido el Tribunal Supremo¹³¹⁵.

4.4 El derecho a la propia imagen y la legislación española

Analizados los matices que orientan la conformación del concepto constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución de 1978, ahora mi tarea se centrará en examinar las leyes que lo desarrollan. En España, CIFUENTES recuerda que, si se examina la Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879 (que entró en vigor en

¹³¹⁴ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3, y 99/1994, de 11 de abril, FJ 5.

¹³¹⁵ COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica...* cit., p.151.

1880), se puede extraer alguna mención sobre el derecho a la propia imagen¹³¹⁶. Sin embargo, aunque comparados con el honor, tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la propia imagen empezaron a ser tutelados efectivamente a partir de la interpretación que hicieron los tribunales españoles del artículo 1902, del Código Civil. Sancionado en marzo de 1889, posterior al fracaso del proyecto de GARCÍA GOYENA, el Código Civil se ajustó a la ley de bases de 1888 y no establecía regulación de los derechos de la personalidad¹³¹⁷. Como las otras codificaciones civiles de su época, a pesar del prometedor título de su libro primero, prestaba escasa atención a la persona¹³¹⁸. La doctrina, de un modo parecido a lo que ocurrió en Francia, consideraba que tal codificación protegía la vida, la libertad, el nombre, el honor y demás bienes personales, aun sin tener una clara o expresa concepción de derechos subjetivos. Aparte de la protección penal, tales derechos recibían la tutela de la responsabilidad civil que establece el art. 1902: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. La jurisprudencia fue asentando el concepto en torno al artículo 1902, del Código Civil, y se abrió, a partir de este avance, un camino para la reparación del daño moral. A partir de ahí se fue conformando una idea de que la tutela civil directa de los derechos de la personalidad resultaba perfectamente posible¹³¹⁹. La protección de los derechos de la personalidad, con anterioridad a 1978, tiene, pues, tres características esenciales: 1) El derecho al honor se protege fundamentalmente por la vía penal; 2) El derecho a la intimidad y a la propia imagen se protegen a partir de la interpretación que hacen los tribunales del art. 1902, del Código Civil 3) Las demandas contra ofensas a los dos últimos derechos son muy escasas en comparación con las referentes al derecho al honor¹³²⁰.

En el actual sistema jurídico español, tras la publicación de la Constitución de 1978, existe una fuente formal del Derecho reservada exclusivamente para desarrollar los

¹³¹⁶ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos...*, cit. p. 73.

¹³¹⁷ *Íd.*, p. 71.

¹³¹⁸ CASAS VALLÈS, Ramón. “Honor, intimidad e imagen” en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 88, Nº 2, 1989, p. 285-372.

¹³¹⁹ Infoma CASAS VALLÈS (*íd.*, p. 291) que una famosa sentencia del TS de 6 de diciembre de 1912 abrió brecha en este planteamiento, al admitir la posibilidad de obtener la reparación pecuniaria del daño moral, al amparo del art. 1902 Cc, en un caso de vulneración al honor.

¹³²⁰ AZURMENDI ADARRAGA, A. *El derecho a la propia imagen...* cit., p. 151-152.

derechos fundamentales previstos en el texto constitucional: la Ley Orgánica¹³²¹. Teniendo en cuenta esta peculiar característica formal-legislativa, además del concebido concepto constitucional del derecho a la propia imagen vigente en el ordenamiento jurídico hispánico, no serán objeto de mi evaluación otras normas que no se ajusten a tales parámetros.

Aclarado este punto, conviene advertir que me dedicaré a comentar la Leyes Orgánicas que incorporen, entre sus contenidos, la regulación de la protección jurídico-constitucional del bien jurídico de la propia imagen, y que se preocupan en conformar su concepto constitucional. Están, en este contexto, 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; la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de Agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos; la Ley Orgánica 23/1992, de Seguridad Privada, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, el Código Penal.

4.4.1 La protección Civil

4.4.1.1 La Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la Propia Imagen

Actualmente, la primordial protección legal de la imagen humana en el derecho español es la que ofrece esta Ley Orgánica. Por ello, será el instrumento legislativo que mejor se analizará. No obstante, en la labor de examinar esta ley, hay que advertir que ya

¹³²¹ Como explica PÉREZ ROYO (Javier. *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 2007, p.59-61) dentro de las novedades introducidas por la vigente Constitución española en el sistema de fuentes, la incorporación al mismo de la Ley Orgánica es, posiblemente, la que más llama atención y, en cualquier caso, la más polémica. Es, a la vez, una figura a la que el constituyente le ha firmado una posición central en el desarrollo de la Constitución. El Texto Constitucional regula la Ley Orgánica en el art. 81. Tal instrumento legislativo se define mediante la combinación de dos criterios: uno material, a través del cual la Constitución establece, por una parte, de manera general, unas materias que han de ser objeto de Ley Orgánica y remite, por otra, a las reservas de Ley Orgánica escalonadas a lo largo del texto constitucional; otro formal, por el cual se exige una mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados en una votación final sobre la totalidad del Proyecto de Ley Orgánica.

me he referido anteriormente a varios de sus preceptos en este trabajo, por ser esta la única norma de los tres países comparados que se presta *expresamente* a desarrollar el derecho fundamental a la propia imagen. Sería, por supuesto, una incoherencia, si no la tuviera en consideración en el desenvolvimiento de los principales matices de la tesis, pues sobre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la Ley Orgánica 1/1982 hace alusión a su inalienabilidad, al consentimiento y a la revocación para su uso, a la posibilidad de los menores e incapaces para ejercerlos, a la protección civil dedicada a las personas fallecidas, a sus límites, entre otras circunstancias (caricatura, imagen accesorio, etc.) que ya se han estudiado. No cometeré el error de repetir todos los razonamientos antes defendidos, y tampoco me detendré en las normas que tratan únicamente del honor o/y de la intimidad, pues las comentaré sólo cuando resulten oportunas para la decantación del derecho constitucional a la propia imagen. Además, como esta investigación, de forma preponderante, está dirigida a encontrar principios que sirvan para analizar las puntuales reglas, haré, pues, una estimación de los principales aspectos de tal instrumento legal, intentando no coincidir con muchos de los planteamientos invocados por mí en el capítulo segundo.

En la elaboración de esta ley, no ocurrió la esperada controversia política que algunos preveían, por tratarse este tema de los límites de las libertades de expresión e información del artículo 20. Se aprobó el texto en el Congreso de los Diputados con pocas modificaciones, aunque en el Senado se introdujeron algunas relevantes cuestiones de carácter procesal y material¹³²². Las alteraciones, no obstante, afectaron a cuestiones menores, marcadamente técnicas. El Proyecto mantuvo su estructura y rasgos esenciales, siendo aprobado por abrumadora mayoría¹³²³. Es una ley breve, ya que su contenido formal se reduce a nueve artículos, una disposición derogatoria y una disposición transitoria. Tiene por objeto, como ya aclara su denominación, el desarrollo de los derechos fundamentales del artículo 18.1 de la Constitución Española. Indica AZURMENDI ADARRAGA que la Exposición de Motivos establece tres claves para la interpretación de la ley: a) la vinculación directa de la Ley Orgánica con los artículos

¹³²² AZURMENDI ADARRAGA, A. *El derecho a la propia imagen...cit.*, p. 157.

¹³²³ CASAS VALLÈS, Ramón. "Honor, intimidad e imagen" ... cit., p. 294-295.

18.1 y 20.4 de la Constitución; b) define los derechos que la ley protege como derechos de la personalidad; 3) se confiere al juez un papel crucial para la delimitación del ámbito de protección¹³²⁴.

En esta línea, el primer aspecto que se ha de notar por la simple lectura de la denominación de la Ley, es el tratamiento unitario de los tres derechos a los cuales se propone tutelar. No obstante, la parte expositiva de la Ley los pluraliza cuando habla de *los* derechos que pretende proteger. Sobre este supuesto, se ha de ponderar que si la doctrina sobre los derechos de la personalidad adolece aún de una notoria falta de concreción, de cierta carencia de pretensiones de exactitud técnica, mal se podía pedir que el legislador fuera el que abriera el camino. Como ya se ha reiterado, no hay duda de que son tres distintos derechos subjetivos los derechos – en plural – al honor, a la intimidad y a la imagen, interrelacionados, por supuesto, pero diversos¹³²⁵. La exposición de motivos, además de ofrecer los ritos que conformaron la redacción de esta importante Ley Orgánica, aclara que constituye su fin el desarrollo, a tenor del artículo 81.1, de la Constitución, del principio general de garantía de tales derechos contenidos en el artículo dieciocho, uno. Este mensaje ha sido plasmado en el apartado uno, del artículo primero. La exposición de motivos también plantea, de modo acertado y adecuado, la aplicación concurrente de la protección penal, resalta su más fuerte efectividad en los casos que ésta exista. Se establece, no obstante, en el apartado dos, del mismo artículo, que la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que la ley regula. Sobre tal disposición, conviene de recordar, como bien advierte CASAS VALLÈS, que la protección de la persona venía tradicionalmente atribuida a normas de carácter penal¹³²⁶. Es cierto que la reacción penal está reservada a transgresiones de especial gravedad, y tiene lugar siempre con sujeción a límites rígidos, establecidos en garantía de los ciudadanos. Por ello, se ha de calificar de coherente esta observación de la concurrencia de ramas jurídicas. Además, tal aplicación concurrente es congruente con el primado de cualquier sistema jurídico del actual Estado de Derecho, el cual, busca la unidad y la coherencia entre las normas, estableciendo, pues, varios cauces judiciales

¹³²⁴ AZURMENDI ADARRAGA, A. *El derecho a la propia imagen...*cit., p. 159.

¹³²⁵ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. “El derecho a la propia imagen hoy”... cit., p. 208.

¹³²⁶ CASAS VALLÈS, Ramón. “Honor, intimidad e imagen”... cit., p. 299.

posibles. Considerando esta idea, la Ley se propone a prever los medios directos de protección civil y no excluye, por tanto, que se proteja la imagen en el ámbito penal.

En seguida, la exposición de motivos califica los bienes jurídicos protegidos como integrantes de la categoría de los derechos de la personalidad, calificación de la que obviamente se desprende el carácter de irrenunciables. Este mensaje se concreta en el apartado tercero, del artículo primero de la ley, el cual reputa como nula la renuncia a la protección prevista en el texto legal. El tema de la irrenunciabilidad del derecho a la propia imagen ha sido reiteradamente alegado en este trabajo para justificar la condición de indisociable que la imagen representa para la persona humana¹³²⁷. Implícitamente, al destacar la imposibilidad de renuncia, puede inferirse que el texto legal también considera el derecho a la propia imagen como innato (originario), vitalicio, necesario, extra-patrimonial, intransmisible, inalienable, indisponible, absoluto y oponible *erga omnes*, es decir, todas las otras características que ya se han estudiado¹³²⁸. Aunque la redacción del artículo cause una aparente confusión, la *mens legis* quiere decir que si la persona no puede renunciar a su imagen, tampoco podrá renunciar a la protección que el sistema jurídico le ofrece, por ser un acto que, de modo manifiesto, sólo le traería perjuicios a su propia dignidad¹³²⁹. Nada más sensato, pues, que una ley que desarrolle el aspecto fundamental y constitucional de tal derecho establezca este importante principio en uno de sus artículos.

Teniendo en cuenta el dinamismo de tales bienes de la personalidad, la parte expositiva prevé que no únicamente las leyes pueden delimitar los derechos en cuestión, sino también las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad, además del concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. Tales preceptos son dispuestos en el artículo 2º del texto legal. Es indiscutible la intención del legislador de positivizar algunos criterios de fijación del contenido del derecho a la propia imagen¹³³⁰. Las *leyes* que delimiten tal derecho han

¹³²⁷ Vid.: Capítulo I, epígrafe 1.6.1; Capítulo II, epígrafes 2.2 y 2.4

¹³²⁸ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.4

¹³²⁹ ROYO JARA, J. *La protección del derecho...* cit., p. 84.

¹³³⁰ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. “El derecho a la propia imagen hoy”... cit., p. 211.

de obedecer el criterio formal del ordenamiento jurídico español, es decir, deben ser leyes Orgánicas, deben de tener en cuenta su clasificación de derecho fundamental y respetar, como advierte el artículo 53.1 de la Constitución Española, su contenido esencial. El mismo supuesto legal también quiere hacer alusión al dinamismo personal, el cual implica un cierto subjetivismo en el ejercicio de tal derecho, y admite que su contenido puede sufrir las influencias sociales vigentes en cada momento. Varias críticas se han hecho sobre la mención de los *usos sociales* como delimitadores de la protección de los bienes jurídicos desarrollados por la Ley. DE LA VALGOMA, por ejemplo, afirma que la imprecisión y la vaguedad de los usos sociales confieren una inseguridad jurídica en este campo, y que la remisión al uso social podría incluso resultar anticonstitucional, en el sentido de ampararse en situaciones anteriores y contrarias a las normas que, sobre todo en lo referente a la igualdad de las personas, la Constitución establece¹³³¹. GITRAMA GONZÁLEZ considera esta delimitación grave, por ser peligrosa y arriesgada, pues los usos sociales son imprecisos y pueden conferir inseguridad jurídica¹³³². CLAVERÍA GOSÁLBEZ sostiene que la aplicación de los usos sociales podría resultar en una distinta tutela para cada tipo de persona¹³³³. Sin embargo, los usos sociales no pueden implicar efectos contrarios a los fines del ordenamiento. El concepto específico de uso social ha de radicarse, según ROYO JARA, en la conducta reiterada y socialmente extendida y que no sea cumplimiento de una norma moral ni jurídica, para distinguirlo de los usos normativos o usos jurídicos¹³³⁴. Quizás la mención a los usos sociales, conforme aduce HERRERO TEJEDOR, sea una concreción y un desarrollo del principio que reclama una exégesis de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el cual han de ser aplicadas¹³³⁵. Existen, efectivamente, unos usos sociales, unas costumbres, que si se los estima como los modos ordinarios de conducta de la sociedad, han de ser considerados como elementos de hecho para determinar el alcance y condiciones de ejercicio de los derechos, no apareciendo como algo desligado o incluso

¹³³¹ DE LA VALGOMA, María. “Comentario a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” en *Anuario de Derechos Humanos*, n.2, Marzo 1983, Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, p. 647-671.

¹³³² GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. “El derecho a la propia imagen hoy”... cit., p. 212.

¹³³³ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. “Reflexiones sobre los derechos...” cit., p. 1249-1250.

¹³³⁴ ROYO JARA, J. *La protección del derecho...* cit., p. 93.

¹³³⁵ HERRERO-TEJEDOR, F. *Honor, intimidad y propia imagen...* cit., p.164.

contrario¹³³⁶. Nada obsta su empleo para delimitar el ámbito de protección de los derechos analizados, siempre y cuando no produzcan o impliquen efectos contrarios a los fines del ordenamiento. Por regla general, servirán para conocer el contexto socio cultural del entorno en el que la intromisión se haya producido, lo que conllevará la calificación de ilegítima en un lugar sí y en otro no, si, en efecto, las condiciones no son las mismas, sin que ello suponga un ataque al principio de igualdad. Por ello, se ha de interpretar tal precepto legal como un sutil vínculo que permite poner en relación lo abstracto – característico de la ley – con lo concreto y cotidiano¹³³⁷. Por ello, se invoca los usos sociales para delimitar de una manera más precisa la parcela de la realidad social que ha de tenerse en cuenta, pues, en definitiva, los usos sociales sólo tienen sentido en el contexto más amplio de la realidad social. Un ejemplo corriente al cual se puede hacer referencia es el uso de la caricatura, citada como intromisión legítima en el artículo 8.2 “b” de la Ley; un uso social histórico el cual, como ya he evaluado, delimita el derecho a la propia imagen¹³³⁸.

En la misma línea, teniendo como punto de referencia el comportamiento que observa una persona en relación con el ejercicio del derecho a su propia imagen, se intenta evitar que quien de manera habitual tolera actos de intromisión en este derecho – suscitando en terceros una confianza razonable por su conducta personal – exija un respeto que esté más allá del ámbito de protección que individualmente le corresponde. Se ha de ponderar, por tanto, si hay un comportamiento que expresa una voluntaria y repetida tolerancia con respecto a la publicación de la imagen y de hechos de una persona, del cual cabrá deducir que están justificadas las posteriores intromisiones en el *mismo* contexto, pues el mantenimiento por una persona de una actitud general permisiva puede llevar a presumir la existencia de un consentimiento tolerante para utilizar su imagen¹³³⁹. Sin embargo, el criterio de los *propios actos* no puede convertirse en un medio para, en la práctica, renunciar de modo definitivo e indiscriminado a la protección jurídica del derecho a la propia imagen, porque tal parámetro sólo tendrá lógica jurídica

¹³³⁶ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ. *Honor, intimidad e imagen...* cit., p. 109.

¹³³⁷ ROVIRA SUERIO, María E. *La responsabilidad civil derivada de los daños...* cit., p. 132-134.

¹³³⁸ *Vid.*: Capítulo II, epígrafes 2.3 y 2.9.2.1

¹³³⁹ AZURMENDI ADARRAGA, A. *El derecho a la propia imagen...* cit., p. 202-203.

siempre y cuando que se mantengan dentro de los límites de lo que hasta el momento ha sido permitido o consentido¹³⁴⁰. Deberá interpretarse, pues, de la forma más objetiva posible, y en consecuencia, valorar si ese comportamiento ha podido razonablemente crear la confianza en los terceros de un determinado ámbito de exclusión. No se trata de analizar si la conducta encierra o no un consentimiento presunto a las intromisiones, sino de delimitar cuál es el concreto ámbito susceptible de protección. El círculo protegible, resultante de la aplicación de tal criterio, puede ser ampliado o restringido como consecuencia de la adopción de una nueva conducta, puesto que la protección de la confianza de los terceros, esto es, la seguridad jurídica, sólo impide la relevancia frente a dichas personas de los cambios bruscos de comportamiento¹³⁴¹. Con esta introducción, según se explica en la exposición de motivos, la ley pretende permitir al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas.

En este sentido, en el apartado dos, del artículo dos, se establece que no se considerarán ilícitas las intromisiones consentidas por el propio interesado. La exposición de motivos aclara que ésta posibilidad no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, dado que el consentimiento no implica la absoluta abdicación, sino únicamente el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran. Además, añade que dada la índole particular de tales derechos, propugna la ley que el consentimiento ha de ser expreso y que puede ser revocado en cualquier momento, aunque con indemnización de los perjuicios que de la revocación se siguieren al destinatario del mismo. Con tales explicaciones, resulta claro que no es imprescindible que sea escrito el consentimiento, admitiéndose la autorización verbal. Nada impide, tampoco, que el consentimiento se preste con posterioridad a la intromisión. Este razonamiento está en conformidad con lo que se ha suscitado antes, que el permiso para el uso de la imagen actúa como una autorización cuyo efecto es simplemente la supresión de la ilicitud o una causa de exclusión de antijuridicidad. No obstante, como ya he

¹³⁴⁰ PASCUAL MEDRANO, A. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 87.

¹³⁴¹ ROVIRA SUERIO, Maria E. *La responsabilidad civil derivada de los daños...* cit., p. 139.

dicho¹³⁴², la mayoría de la doctrina acepta la posibilidad del consentimiento tácito (o tolerante), y que sería mejor entendida la ley si se interpreta la palabra expreso como *inequívoco*¹³⁴³. Sería, pues, una manifiesta contradicción que la ley estableciera el criterio de los *proprios actos* y no permitiese que se otorgara el consentimiento tácito para tales fines. En mi opinión, las características de la revocación, prevista en el apartado tercero, han de ser congruentes con lo que he planteado en este capítulo segundo, es decir, habrá la revocación de ser inequívoca y condicionada su admisibilidad a la existencia de razones atendibles, susceptibles de valoración judicial; debe tener lugar en el momento en que todavía pueda ejercerse, de modo que sus efectos, por regla general serán *ex nunc*¹³⁴⁴.

El otorgamiento del consentimiento de menores o incapacitados es objeto de las prescripciones contenidas en el artículo tercero. La Ley establece que la autorización deberá prestarse por el titular, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. El artículo 4 de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, también regula sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen¹³⁴⁵. Conviene reproducir el apartado tercero de dicha disposición el cual admite que “Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y

¹³⁴² Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.9.1

¹³⁴³ Vid: CASAS VALLÉS. “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación” en *Poder Judicial*, n. 14, junio, 1989, Madrid, p. 131-144 (134); COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica...* cit., p. 122; HERCE DE LA PRADA, V. *El derecho a la propia imagen ...* cit., p. 146; PASCUAL MEDRANO. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p. 89-101; CREVILLÉN SANCHEZ, C. *Derechos de la personalidad ...* cit., p. 101.

¹³⁴⁴ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.9.1

¹³⁴⁵ Artículo 4. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen 1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones. 2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. 3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. 4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública. 5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”. Se ha de interpretar que tal precepto no implica un rechazo del concepto de intromisión ilegítima establecida en el artículo 7, de la Ley Orgánica 1/1982¹³⁴⁶, el cual estudiaré enseguida. Las previsiones se formulan con carácter general y, por tanto, también se aplican a los menores. Los supuestos de la Ley Orgánica 1/1996 deben estimarse como criterios *especiales*, que aseguran mejor la protección de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad. Es incontestable inferir que tales normas son, por tanto, *complementarias*. Conectando las dos leyes, el resultado es que es el menor el llamado a decidir si consiente o no la utilización de su imagen. Los dos instrumentos legislativos propician que el menor maduro se pronuncie y quede relegada la autorización paterna tan sólo a aquellos casos en los que no se aprecie en el menor un grado de discernimiento que le permita decidir por sí mismo¹³⁴⁷. Pese al reconocimiento del legislador a quien, por sus especiales condiciones de madurez, es capaz de comprender aquello que se le propone y puede decidir sobre la fruición de su derecho a la propia imagen, se ha establecido, de forma coherente, un control suplementario a cargo del Ministerio Fiscal¹³⁴⁸. Cuando el consentimiento se da por el representante legal, habrá de otorgarse mediante escrito, además de estar obligado a ponerlo en conocimiento previo del Ministerio Fiscal. Estas consideraciones alrededor de la minoría de edad y los derechos de la personalidad están mejor expuestas en el Capítulo I, donde se ha disertado sobre los derechos de la personalidad¹³⁴⁹.

De los artículos cuarto al sexto de la Ley 1/1982, se contempla el supuesto del uso del derecho a la propia imagen ante el fallecimiento del titular. En el caso de que la vulneración se produzca después del fallecimiento de la persona, se indica como titulares

¹³⁴⁶ ALCÓN YUSTAS, María Fuencisla. “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores” en *Jornadas sobre derecho de los menores* (coord. por Isabel E. Lázaro González, Ignacio V. Mayoral Narros), 2003, p. 385-394.

¹³⁴⁷ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. “Sentencia de 13 de Julio de 2006: Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un menor. Irrelevancia de la finalidad a la que se orientase la publicación inconsentida de la imagen” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 74, 2007, págs. 931-952.

¹³⁴⁸ *Íd.*, p. 939.

¹³⁴⁹ *Vid.*: Capítulo I, epígrafe 1.6.2.1

de la protección a quien ésta hubiera designado testada o intestadamente¹³⁵⁰. Cualquiera de los parientes previstos podrá ejercer la protección de los derechos del fallecido, pero a falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones corresponderá al Ministerio Fiscal. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del *de cuius*, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento. Cuando el titular del derecho ofendido fallezca sin haber podido ejercer por sí, o por su representante legal, las acciones previstas en la ley, por las circunstancias en que la ofensa se produjo, las referidas acciones podrán ejercerse por las personas legitimadas por el testamento (o en su falta, por la Ley). Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho vulnerado, cuando éste falleciere¹³⁵¹. La idea transmitida por tales disposiciones se vincula a la que ya he desarrollado en este trabajo, es decir, que la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, pero el halo de la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última, y debe también ser tutelada por el Derecho. Como bien resalta GITRAMA GONZÁLEZ, el fundamento de que la actuación de la protección se atribuya a los parientes más próximos y no, por ejemplo, a los herederos o legatarios, radica en que se trata de derechos personalísimos, cuya defensa ha de confiarse a aquellas personas que se hallaban unidas al difunto por vínculos de solidaridad moral y familiar, antes que a aquellas otras que son meras beneficiarias de sus bienes patrimoniales¹³⁵².

¹³⁵⁰ GARCÍA GARNICA, María Carmen. “Consideraciones generales acerca... cit., p. 1883.

¹³⁵¹ Enumera ESTRADA ALONSO (E. “El derecho a la imagen en la Ley Orgánica...cit., p. 366) algunas conclusiones sobre estos preceptos: a) la acción en defensa de la imagen es transmisible *mortis causa* en favor de las personas que señala el art. 4; b) queda establecido un orden de legitimación para ejercer la acción en defensa de la imagen del difunto; 1) en primer lugar está legitimada la persona designada en testamento, que incluso puede tratarse de una persona jurídica; 2) en segundo lugar el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos del titular que viviesen al tiempo del fallecimiento; 3) en tercer lugar el Ministerio Fiscal; c) todas las personas legitimadas se encuentran sometidas a plazo para ejercer la acción de defensa; la persona jurídica designada en testamento y el Ministerio Fiscal están limitados por un plazo de 80 años desde que se haya producido el fallecimiento y de 4 años de plazo de caducidad desde que pudiendo ejercer la acción no la ejercieron (art. Noveno); la persona física designada en testamento y los parientes del afectado, han de ejercerla antes de que transcurran cuatro años desde el tiempo en que pudieron ejercerla (art. Noveno) pero a condición de que viviesen al tiempo del fallecimiento del titular ofendido. Por tanto se limita el ejercicio de la acción al tiempo de vida de los familiares del ofendido que vivían cuando se produjo su fallecimiento. Este plazo no será excesivamente superior al plazo de ochenta años establecido para la persona jurídica designada en testamento y para el Ministerio Fiscal; d) en el artículo quinto se establece la solidaridad entre las personas legitimadas para ejercer la acción; e) en el artículo sexto se establece la legitimación para iniciar o continuar las acciones en defensa de la imagen.

¹³⁵² GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. “El derecho a la propia imagen hoy”... cit., p. 239.

Quizás sea el artículo séptimo el más importante de la Ley, porque trata de las *intromisiones ilegítimas*. La Ley Orgánica 1/1982 ha recibido contundentes críticas por no definir unos conceptos básicos de los derechos que tutela, pues sólo tipifica algunas conductas ilícitas¹³⁵³. Son siete supuestos de intromisiones ilegítimas en los cuales se enuncian las acciones de que el sujeto dispone en el caso de ofensa. Por ello, el concepto de intromisiones ilegítimas es la clave de la Ley, el determinante para la aplicación de los mecanismos legales civilmente protectores, sin perjuicio de que, si la intromisión es constitutiva de delito, haya de estarse, además, a lo dispuesto en la legislación penal¹³⁵⁴. La norma convierte el sistema de intromisiones ilegítimas en su piedra angular y construye tal abstracción dejando margen a la valoración judicial, que ha de primar la ponderación entre las diversas pretensiones e intereses, además de adaptar las normas al caso concreto. Es necesario interpretar que el texto legal sólo establece ejemplos de intromisiones ilegítimas (*numerus apertus*) y que no son las únicas posibles¹³⁵⁵. Ello porque la propia parte expositiva aduce que tal artículo ha sido redactado “en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países de desarrollo social y tecnológico igual o superior”.

Concretamente sobre el derecho a la propia imagen, se refieren los números 5 y 6 a los tipos de intromisiones ilegítimas enumeradas en el artículo 7: la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (art. 7.6), y la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos (art. 7.5 relacionado con el art. 8.2). El primero de los dos supuestos constituye el ámbito patrimonial del derecho, y de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional no tiene, pues, protección

¹³⁵³ CABEZUELO ARENAS, A. *Derecho a la intimidad...* cit., p. 15; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Libertad de expresión y sus límites...* cit., p. 121, AZURMENDI ADARRGA, A. *El derecho a la propia imagen...* cit., p.181, SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2002: Publicación en prensa de la imagen de una persona tomada en una playa nudista. Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad” *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 60, 2002, p. 1051-1066, entre otros.

¹³⁵⁴ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. “El derecho a la propia imagen hoy”... cit., p. 214.

¹³⁵⁵ AZURMENDI ADARRGA, A. *El derecho a la propia imagen...* cit., p.182.

constitucional, sólo civil¹³⁵⁶. Ante estos preceptos legales, la imagen se presenta, pues, con su doble contenido, es decir, el negativo que faculta a su titular para impedir su captación, reproducción, publicación o utilización por otra persona siempre que no haya otorgado su consentimiento (art. 7.5), y el positivo que viene determinado por una potestad exclusiva del titular en la utilización, reproducción, exposición y comercialización de su imagen (art. 7.6)¹³⁵⁷. No obstante, AMAT LLARI opina que cuando la utilización es comercial existe igualmente la doble vertiente personal y patrimonial, ya que el derecho al valor comercial de la imagen tiene una faceta personalísima, como es la de permitir o no la divulgación comercial, que con mucho mayor motivo puede no ser querida por aquel del que se reproduce la imagen, de tal modo que el artículo 7.6 no es más que una especialidad del 7.5, pero aquél no excluye el contenido de éste¹³⁵⁸. COUTO GÁLVEZ, MARTÍN MUÑOZ, CORRIPIO GIL-DELGADO y GÓMEZ LANZ resaltan que con la inclusión del apartado 6, la norma de 1/1982 se inmiscuye, pese a que sea una Ley Orgánica, en el desarrollo de algunas esferas ordinarias, como es la que envuelve el aspecto patrimonial del derecho a la propia imagen. Lo que ocurre, pues, es que tal intromisión faculta al titular la protección dispensada en la Ley Orgánica hasta llegar al Tribunal Supremo, pero no recurrir en amparo, ya que se estará ante un contenido regulado en la Ley Orgánica 1/1982, pero situado al margen del artículo 18.1, de la Constitución Española¹³⁵⁹. Desde mi punto de vista, es prudente interpretar tal disposición con la línea de razonamiento que he defendido en el apartado precedente¹³⁶⁰, la cual abre las posibilidades para que la dimensión personal del derecho a la propia imagen sea considerada *heterogénea*, pues se integra por el aspecto negativo del derecho, que consiste en la facultad de oponerse a cualquier injerencia no autorizada en la propia imagen, cualquiera fuera su finalidad, pero también la compone, en cierta forma, un aspecto positivo, estrictamente circunscrito a la

¹³⁵⁶ FAYOS GARDÓ, Antonio. “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25º aniversario de la LO 1/1982” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre - 2007, 4, p. 13-14.

¹³⁵⁷ ESTRADA ALONSO, E. “El derecho a la imagen en la Ley Orgánica... cit., p.368.

¹³⁵⁸ AMAT LLARI, María Eulalia. “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial” en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 102, Nº 2, 2003, p. 459-475.

¹³⁵⁹ COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica...* cit., p. 105.

¹³⁶⁰ *Vid.*: Capítulo IV, epígrafe 4.3

facultad de fruición, siempre y cuando su propósito no tenga carácter lucrativo, directa o indirectamente. Se podría, de esta forma, encajar el apartado 6 en una aplicación de esta última facultad *híbrida* que la dimensión moral comprende.

Centrándonos ahora en el aludido apartado 5, el cual expone el *puro* contenido moral-negativo-constitucional, el mensaje inicial es la pluralidad de sustantivos que conforman el contenido de la intromisión ilegítima: *captación, reproducción o publicación*. No es, pues, imprescindible que se divulgue sino que basta que se obtenga o capte; o que se reproduzca, sin más; o ya, en el máximo grado, que se publique la imagen. Pueden concurrir los tres supuestos o no, o concurriendo varios, y pueden ser distintas las personas que vulneren el derecho a la propia imagen¹³⁶¹. Además, es necesario entender el término publicación en un sentido amplio, bastando con la idea de que se haga patente y manifiesto un hecho (fotografía) al público¹³⁶². Por supuesto, ha sido técnicamente notable la apertura dada por la redacción del texto al aludir a *fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento*, cuando se refiere a los medios de representación de la imagen de la persona, pues la Ley no quiso limitarse a los procedimientos conocidos, como la fotografía y el filme, sino que abre la posibilidad a cualquier otro medio (otro procedimiento) que pueda inventarse y que ha de ser considerado también un instrumento para ofender el derecho a la propia imagen. Se refiere la Ley a la *imagen de una persona*¹³⁶³, a la cual se ha de aplicar el concepto en este trabajo defendido de *representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana*.

No obstante, podría haber suprimido, en mi opinión, el legislador la expresión *en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos*. Por un lado, porque analizando literalmente, el texto *per se* se auto-excluye cuando dice “momentos de su vida privada o fuera”. La expresión usada por la Ley equivale a decir que cualquiera que sea el espacio, y sea el que sea el tiempo, en ningún caso, se podrá proceder a la captación, reproducción

¹³⁶¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Libertad de expresión y sus límites...* cit., p. 122.

¹³⁶² GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. “El derecho a la propia imagen hoy”...cit., p. 215.

¹³⁶³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Libertad de expresión y sus límites...* cit., p. 122.

y publicación de la imagen, salvo las excepciones indicadas. Esto es, no sería necesario aportar la circunstancia *vida privada* para el sentido que se propuso la norma. Por otro, porque al conectar la protección del derecho a la propia imagen con la expresión *lugares o momentos de la vida privada*, introduce un elemento perturbador y confuso, en cuanto que a primera vista parece como si el texto no reconociera en el derecho a la propia imagen un derecho independiente y autónomo¹³⁶⁴. Empero, es indiscutible inferir que la *mens legis* quiso referirse a la *vida privada* como un presupuesto de protección que debe ofrecer el Estado a la inviolabilidad de la persona humana, idea que ya he descrito en el apartado donde distinguí el derecho a la propia imagen del derecho a la intimidad¹³⁶⁵. Por último, el final de la redacción señala las causas de justificación previstas en el artículo 8.2, para que no se consideren ilegítimas las intromisiones.

Siguiendo este razonamiento, se afirma la imposibilidad de que los derechos protegidos por la ley sean ilimitados, ilustrando que los imperativos del interés público pueden hacer que no se reputen ilegítimas algunas intromisiones que atiendan a tal fin. Este es lo que se infiere del artículo 8, el cual en el apartado 1 establece que “No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”. No únicamente este, mas si se analiza los demás supuestos del artículo octavo, se verifica la cuestión de los límites impuestos por la Ley al derecho a la propia imagen, que confluyen, en cierta forma, con los planteamientos que he discutido en el anterior Capítulo. Ya he analizado tales matices en el extenso apartado dedicado a los límites inmanentes del derecho a la propia imagen¹³⁶⁶, empero, de este texto también se ha de interpretar que el artículo octavo establece un *numerus apertus* de situaciones que invoquen el interés público ante el derecho individual a la propia imagen¹³⁶⁷. El número 2 del artículo 8 contiene algunas especificidades con

¹³⁶⁴ ROYO JARA, J. *La protección del derecho a la propia imagen...cit.*, p. 148.

¹³⁶⁵ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.7

¹³⁶⁶ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.9

¹³⁶⁷ SEISDEDOS MUIÑO, Ana. “Sentencia de 2 de julio de 2004: Derecho a la propia imagen y a la intimidad: grabaciones vídeo-gráficas efectuadas durante varios meses recogiendo la entrada a la vivienda de la demandante. No se aprecia vulneración de tales derechos” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 67, 2005, p. 423-432.

relación al derecho a la propia imagen que están legalmente unidos al apartado cinco del artículo séptimo. El texto dice que no considerará un ilícito la “captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”. Quizás con el intento de ofrecer mayor protección a la persona, la Ley vincula el criterio subjetivo (*ratione personae*) y el espacial (*ratione loci*) cuando el texto usa la conjunción copulativa “y”, condicionando la existencia de los dos supuestos para legitimar la intromisión en la tutela de la imagen de una persona. No obstante, ha adoptado la Ley, a mi modo de ver, una postura extremadamente permisiva y, en cierto modo, incoherente con lo se propone. De acuerdo con lo que he sustentado en esta tesis, la redacción de este texto no lleva en consideración el criterio más fiable, idóneo, adecuado y proporcional para solucionar este tipo de restricción: el *ratione materiae*. Sería de mejor técnica, *data venia*, si hubiera optado por estimar legítimas las ofensas idóneas, necesarias, proporcionales y que se justificasen por la relevancia pública del hecho *per se*. Si hubiera elegido este parámetro, estaría arraigada la necesidad de mostrarse la imagen de la persona exclusivamente cuando el hecho por el cual se la divulga fuera públicamente relevante y necesario el uso de la representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura humana de una persona para ilustrar la noticia. La línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, como aduce PASCUAL MEDRANO, apoya la tesis de la verificación de la existencia de un interés público informativo, aun cuando se trate de personas públicas y la imagen sea captada en un lugar abierto al público¹³⁶⁸. La jurisprudencia rechaza en ocasiones la aplicación de la primera excepción, protegiendo el derecho a propia la imagen de las personas públicas aunque la imagen haya sido tomada en un lugar público, si aquéllas habían buscado tal lugar considerando que en el mismo tenían una cierta expectativa de encontrarse en privado¹³⁶⁹. Por lo tanto, es indiscutible que la excepción prevista en el artículo 8.2 a)

¹³⁶⁸ PASCUAL MEDRANO, A. *El derecho fundamental a la propia imagen...* cit., p.132 y ss

¹³⁶⁹ FAYOS GARDÓ, Antonio. “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española...” cit., p. 14.

exige que el uso de la imagen esté en el contexto del interés público informativo, en la medida en haya trascendencia pública e incida en la vida de la sociedad¹³⁷⁰.

El supuesto de la letra “b” del mismo apartado, se refiere a *la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social*. Ya he tratado de la caricatura en dos momentos de esta tesis, motivo por el cual no me detendré a analizar de nuevo sus matices¹³⁷¹. No obstante, es interesante aportar la visión del concepto de esta figura, dada por VERDA Y BEAMONTE, quien admite que se ha de incluir en el cometido de la caricatura las figuras de guiñol, tal y como ha firmado la jurisprudencia francesa, la cual considera caricatura, además de los fotomontajes, las marionetas usadas en programas televisivos con finalidad satírica¹³⁷². Así, pues, se define la caricatura como una representación gráfica, no necesariamente un dibujo, o, en general, artística, en el que, de modo exagerado, se deforma la imagen de una persona, con clave humorística, y con carácter crítico, en uso de la libertad de expresión, en el sentido de la emisión de juicios personales, subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones¹³⁷³. Estimo haber absoluta coherencia en el razonamiento defendido por el aludido autor, pues la apertura conceptual de la caricatura acompaña la evolución de la libertad de expresión en el seno social. No sería pertinente considerar que la caricatura se materializa únicamente a través del *dibujo*, pues eso significaría ir en contra el dinamismo de las ideas y pensamientos de la persona humana. Sin embargo, no se ha de estimar que tal apertura tenga un campo de actuación más amplio que su concepto inicial le confiere, el de representación exagerada de los rasgos personales de la persona, unida o no a hechos, con el fin de poder transmitir un mensaje, una idea, la mayoría de veces sarcástica, sobre una cuestión determinada. Si se está ante una reproducción gráfica en la que la figura de la persona no aparece deformada o la deformación no sea fácilmente reconocible no habrá caricatura.

¹³⁷⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles. “Protección civil y constitucional del derecho a la imagen: (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo 905/1997, de 21 de octubre y del Tribunal Constitucional 139/2001 de 18 de junio)” en *Actualidad Civil*, Nº 2, 2002, p. 689-700.

¹³⁷¹ *Vid.*: Capítulo II, epígrafes 2.3 y 2.9.2.1

¹³⁷² VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. “Sentencia de 7 de Marzo de 2006: Objeto: Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, originada por la publicación de un fotomontaje. Concepto de caricatura y límites de la autorización legal” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 74, 2007, p. 629-642.

¹³⁷³ *Íd.*, p. 635.

Siguiendo las excepciones del texto del artículo 8.2, la letra c) no considera ilegítima “la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio”. Ya he comentado tal posibilidad cuando me he referido a la *individualidad* como requisito de protección del derecho a la propia imagen¹³⁷⁴. No obstante, se ha de tener en cuenta que la inclusión en el texto legal del adverbio de modo “*meramente*”, (que según la Real Academia Española es sinónimo de “Solamente, simplemente, sin mezcla de otra cosa”) quiere decir que el derecho a la propia imagen no impedirá los casos en que la imagen de la persona aparezca *solamente, simplemente* como accesorio a la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público. El término “meramente” en el mencionado precepto revela la característica residual que ha de tener la imagen humana en la toma fotográfica informativa. Ejemplifica AMAT LLARI la accesoriedad de la imagen incluso en ocasiones en las que la captación de una imagen de interés cultural o científico puede llevar emparejada la captación de otras que no necesariamente deben servir a dicha finalidad, pero que no son el objeto principal de la información gráfica y que han de ocupar un espacio relativamente reducido en relación al objeto principal¹³⁷⁵. La accesoriedad parece, en principio, menos dificultosa de entender, pues únicamente podría chocar con los flagrantes casos en los que el lugar o el acontecimiento fueran accesorios, convirtiéndose la captación de los rasgos físicos personales en lo esencial de la toma¹³⁷⁶. Si lo que la información contiene es básicamente la imagen de la persona, la aparición de dicha imagen no se califica de elemento accesorio, sino como principal de la noticia gráfica de que se trate¹³⁷⁷. Ahí, se estaría ante una desconsideración de la palabra *accesoria*, y por consiguiente, sería configurada una intromisión ilegítima. El artículo

¹³⁷⁴ Vid:Capítulo II, epígrafe 2.2

¹³⁷⁵ AMAT LLARI, María Eulalia. “Derecho a la propia imagen. Excepciones. uso científico o educativo de la imagen; accesoriedad de la misma” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 30, 1992, p. 925-934.

¹³⁷⁶ ROYO JARA, J. *La protección del derecho a la propia imagen...cit.*, p. 171.

¹³⁷⁷ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. “Sentencia de 17 de Marzo de 2004: Publicación en una revista de la imagen de una persona extraída a partir de un fotograma del programa televisivo en el que dicha persona había aparecido. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen: preeminencia del derecho a la libertad de información. Distinta posición de los directores y editores de las publicaciones por un lado, y de los impresores por otro, respecto de la eventual responsabilidad por intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de terceros” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 66, 2004, p. 1291-1308.

noveno y los siguientes tratan de los aspectos procesales y de la indemnización por daños producidos en los derechos que la Ley protege, razón por la cual no los voy a comentar.

4.4.1.2 *La Ley de utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos*

La aprobación de una Ley Orgánica que permitiera el uso de videocámaras por el Estado español ha sido un reflejo del entendimiento jurisprudencial sobre la admisión de este tipo de tecnología como prueba válida en la demanda judicial¹³⁷⁸, unido a la

¹³⁷⁸ GONZÁLEZ URDÍNGUIO Ana; GONZÁLEZ GUTIERREZ DE LEÓN, M^a Almudena. “La vídeo-vigilancia en el sistema democrático español: análisis y crítica de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de Agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N^o. 89, 1998, p. 105-124. Comentan las autoras que, a grandes rasgos, los hechos que corroboraron la promulgación de la Ley se completan a partir de la peculiar situación de continuas algaradas callejeras y de constante inseguridad ciudadana que se vivía en la sociedad vasca. La Policía Autónoma había instalado videocámaras en el Ayuntamiento y en el Arenal y grabó el linchamiento del agente de la Ertzautza Ander Susaeta el 20 de agosto de 1993, durante los festejos de la Semana Grande de Bilbao. Las cintas fueron admitidas como pruebas válidas por la Audiencia Provincial de Bilbao (sentencia 10 de enero de 1997), siendo determinantes para identificar los implicados. Por su parte, aduce MAGRO SERVET (Vicente. Consideraciones sobre la nueva Ley que regula la utilización de las videocámaras por las fuerzas de seguridad en lugares públicos” en *Revista del poder judicial*, N^o 47, 1997, p. 277-298) que la STC 55/1990 tuvo relevancia en la decisión asumida por el legislador en redactar la Ley. El fundamento jurídico 5 de tal sentencia afirmó que “de la Constitución se deduce que las Fuerzas de Policía están al servicio de la comunidad para garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la Constitución y la Ley les reconocen, y este es el sentido del art. 104.1 C.E. que puede considerarse directamente heredero del art. 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, configurando a la Policía como un servicio público para la comunidad, especializado en la prevención y lucha contra la criminalidad, el mantenimiento del orden y la seguridad pública y la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades. El art. 104.1 C.E. trata de asegurar la adaptación del sistema policial, de sus funciones y de sus principios básicos al orden constitucional, subrayando, en un plano positivo, y en la misma línea que el art. 53 C.E., la función de garantía de libertades y derechos fundamentales que también corresponde a la Policía pero, al mismo tiempo, negativamente destacando que la actuación de la fuerza de la Policía debe respetar también y garantizar las libertades y derechos fundamentales del ciudadano. El art. 104.1 C.E. refleja un necesario y no siempre fácil equilibrio en relación con la actuación de las fuerzas de la Policía, que son un instrumento necesario para asegurar la libertad y la seguridad de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, por la posibilidad de uso legítimo de la fuerza y de medidas de coacción supone, en el caso de extralimitaciones, una puesta en peligro de la libertad y seguridad de aquéllos, así como de otros derechos y bienes constitucionales de la persona (vida, integridad física, intimidad, inviolabilidad del domicilio, etc.). Un orden constitucional democrático es incompatible con el uso de métodos represivos ilegítimos y por ello mismo exige una protección adecuada del ciudadano frente al peligro de eventuales extralimitaciones, lo que incluye también la posibilidad de acudir a la vía judicial para reaccionar frente a los excesos y abusos, con trascendencia penal, por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el uso, en principio legítimo, de la fuerza y de los medios de coacción. El legislador ha de ponderar, por tanto, los valores constitucionales en juego, de modo que la protección de los medios de actuación de las Fuerzas de Policía no puede suponer un sacrificio de bienes y derechos constitucionales y del propio respeto del Estado de Derecho, ni una limitación efectiva de la posibilidad de verificar judicialmente los abusos o

necesidad del refuerzo de las garantías constitucionales contra métodos represivos ilegítimos, que pueden poner al ciudadano frente al peligro de eventuales extralimitaciones. Por ello, el cometido de la Ley se presta a la prevención de actos delictivos, a la protección de las personas y a la conservación y custodia de bienes que se encuentren en situación de peligro, y especialmente cuando las actuaciones perseguidas suceden en espacios abiertos al público, como dice su parte expositiva. Este mensaje se traduce en el objeto de la Ley, redactado en el artículo 1º, cuyo apartado uno establece que la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, tiene la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública. El número dos de la disposición abre las posibilidades para cualquier medio técnico análogo a las videocámaras y, en general, a cualquier sistema que permita las grabaciones, para que se logre el objetivo de la Ley. Se puede hacer un paralelismo de la Ley Orgánica 4/1997 con la ya analizada *Lei* portuguesa 1/2005, de 10 de enero, pues las dos normas tienen similar extensión, ésta trece artículos y aquella once, la estructura del texto es muy parecida y poseen el mismo principio rector: el principio de proporcionalidad. No obstante, ahora se ha de examinar la Ley Orgánica 4/1997 e intentar extraer la idiosincrasia de la experiencia española.

La norma establece el régimen de fases sucesivas para tal fin, de modo que primero será imprescindible: (1) la autorización, para posteriormente hacerse la (2) grabación y al final (3) utilizar de las imágenes y sonidos obtenidos. Con el objetivo de mejor conceptualizar este uso tecnológico, define MARTÍN MORALES que la vídeo-vigilancia tiene como finalidad bien la *prevención* de conductas ilícitas, bien la *prevención* de riesgos¹³⁷⁹. Sin embargo, sostiene el autor que cuando se utiliza una

extralimitaciones, por excepcionales que puedan ser, en que eventualmente incurran los miembros de las Fuerzas de Policía en el ejercicio de sus funciones”.

¹³⁷⁹ MARTÍN MORALES, Ricardo. “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfónica oculta” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 2004, p. 1718-1725.

videocámara, no para prevenir, sino para *investigar a posteriori* y obtener pruebas relacionadas con delitos ya cometidos o recabar información sobre cuestiones específicas de carácter laboral, matrimonial, etc., no cabe hablar, en sentido estricto, de vídeo-vigilancia, sino simplemente de tomas vídeo-gráficas. Una matización que he de hacer para esta propuesta de concepto es que mientras la actividad de *prevención* tiene, generalmente, un carácter administrativo, la actividad *investigadora* habrá de tener un respaldo judicial. En este sentido, tras analizar todo el tenor de la Ley se percibirá que su ámbito de aplicación se concentra en las actividades de *prevención*¹³⁸⁰. Por ello, no es de gran importancia sustantiva tal diferencia conceptual a los efectos de la Ley, pues aunque haya una diferencia en el inicial motivo concreto entre la vídeo-vigilancia *preventiva* y la vídeo-vigilancia *investigadora*, podrán coincidir sus finalidades tras la autorización para la instalación de las videocámaras. Como el propio autor admite, la distinción no siempre resulta fácil, porque es tras la comisión de un delito cuando a veces se toma la decisión de establecer un sistema de vídeo-vigilancia, no para obtener pruebas y procurar su esclarecimiento, sino para prevenir que se cometa otro en el futuro, aunque al final terminen obteniéndose esas fuentes de prueba.

La aludida Ley prevé expresamente su congruencia con la Ley Orgánica 1/1982 al establecer en el artículo 2.1 que la captación, reproducción y tratamiento de imágenes y sonidos, en los términos previstos, así como las actividades preparatorias, no se considerarán intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a los efectos de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo¹³⁸¹. También excluye de su ámbito de aplicación el tratamiento automatizado de imágenes y sonidos, el cual se regirá por la norma de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, ley que se analizará enseguida. Del artículo tercero al quinto, la Ley regula la autorización de la instalación de las videocámaras (fijas y móviles), y en el artículo sexto trata sobre los

¹³⁸⁰ MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*. Bosch: Barcelona, 2004, p. 57 y ss.

¹³⁸¹ El art. 2.2 de la LOPHIPI, aduce que “No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

principios de su utilización. Sería más coherente, *data venia*, que la Ley hubiera establecido antes los principios para después tratar de la autorización para la instalación de las videocámaras. La propia exposición de motivos converge en este sentido, cuando argumenta que las garantías introducidas por la Ley en el uso de los sistemas de grabación de imágenes y sonidos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad parten del establecimiento de un régimen de autorización previa para la instalación de videocámaras inspirado en el principio de proporcionalidad.

Siguiendo el hito del texto legal, el artículo tercero establece los criterios para la autorización de la instalación de las videocámaras fijas, e introduce tal norma un pertinente mecanismo de *autorización previa* para tal fin. Se ha de interpretar este precepto unido al Real-Decreto 596/1999, el cual reglamenta el desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 4/1997. En el artículo 3.1 de la Ley se prevé que la autorización para la instalación de las videocámaras se otorgará mediante un *previo* informe de la Comisión de Garantías de la Vídeo-vigilancia de la Comunidad Autónoma correspondiente¹³⁸². La presidencia de tal Comisión será atribuida al Presidente del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma, de manera que la presencia de miembros dependientes de la Administración autorizante no podrá ser mayoritaria. Es incuestionable la pertinencia de esta opción legislativa de incluir un magistrado como ponderador de la redacción de los informes, pues además de la institución que representa (el Poder Judicial autonómico) su participación, en cierta forma, confiere más apoyo jurídico a la viabilidad de la opción de la instalación de dichos aparatos. Tendrá la aludida Comisión entre sus principales atribuciones, según, el artículo 16 del Real-Decreto 596/1999, las de: emitir los informes preceptivos sobre las solicitudes de instalaciones fijas de videocámaras; ser informada de las resoluciones de autorización de videocámaras móviles y del uso excepcional de las mismas, previstos en el apartado 2 del artículo 5 de la Ley Orgánica 4/1997; ser informada, al menos con periodicidad quincenal, de la utilización que se haga de videocámaras móviles; recabar en cualquier momento, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el soporte físico de las grabaciones efectuadas por videocámaras móviles y

¹³⁸² El artículo 12 y siguientes del Real-Decreto 596/1999 trata sobre las Comisiones de Garantías de Videovigilancia.

emitir un informe al respecto; informar, a petición de las autoridades competentes, sobre la adecuación de cualquier registro de imagen y sonido obtenidos mediante videocámaras móviles a los principios enunciados en el artículo 6 de la Ley Orgánica 4/1997; ordenar la destrucción de las grabaciones cuando, en el ejercicio de sus competencias, constaten el incumplimiento de los criterios y principios establecidos en la Ley Orgánica 4/1997. El apartado tercero reproduce la relevancia del informe emitido por la mencionada Comisión, pues cuando se estime que existe una vulneración de los criterios establecidos en el artículo cuarto de la Ley, tendrá tal documento el poder de *vetar* la instalación fija de videocámaras.

El siguiente apartado, el cuarto, regula los requisitos para que se considere válida la resolución de autorización para la instalación de las videocámaras. Dispone que la resolución por la que se acuerde la autorización para la instalación de los aparatos deberá ser *motivada* y referida en cada caso al lugar público *concreto* que ha de ser objeto de observación por las videocámaras. Con esta redacción, el legislador quiso proponer la vinculación de la citada autorización a un criterio *objetivo*, es decir, que la instalación de las cámaras no sea irrazonable y que esté delimitada espacialmente. Además, se hace menester que dicha resolución contenga: 1) todas las limitaciones o condiciones de uso necesarias, *en particular la prohibición de tomar sonidos*, excepto cuando concurra un *riesgo concreto y preciso*, 2) el tipo de cámara, sus especificaciones técnicas y la duración de la autorización, que tendrá una vigencia máxima de un año, a cuyo término habrá de solicitarse su renovación; 3) la cualificación de las personas encargadas de la explotación del sistema de tratamiento de imágenes y sonidos y 4) las medidas a adoptar para garantizar el respeto de las disposiciones legales vigentes. Sobre el primer aspecto, de la tomada de sonidos, resalta MAGRO SERVET, con acierto, que la regla general propuesta por la Ley es la instalación de videocámaras *sin sonido*, pues tanto el artículo 3.4 como el artículo 5.1 (de autorización de videocámaras móviles) supeditan la toma de sonido a un riesgo preciso *concreto*. Con relación a la segunda y tercera exigencias, es clara la intención de la Ley de identificar al responsable del uso de los aparatos técnicos,

a los efectos de responsabilidad jurídica¹³⁸³. El cuarto supuesto tiene la evidente finalidad de ofrecer las garantías procedimentales para el cumplimiento de la Ley. Hay que concluir que es muy adecuada la redacción de tal artículo, por establecer un mínimo parámetro material y unos sensatos requisitos formales para la eficacia de la expedición de la aludida autorización. El apartado quinto impone que tal permiso tenga una vigencia máxima de un año. Transcurrido éste, deberá procederse a su renovación, siendo también la autorización, en todo caso, revocable. Huelga considerar bastante beneficioso tanto la fijación de un lapso temporal para la operatividad de tales aparatos electrónicos, como la posibilidad de revocación, pues son garantías que refuerzan la evaluación de la conveniencia de la vídeo-vigilancia periódicamente.

La autorización, pese a ser un acto discrecional, debe tener en cuenta algunos criterios legales, basados en el principio de proporcionalidad, como dispone el artículo 4º, y que se concretan en: 1) asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos; 2) salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional; 3) constatar infracciones a la seguridad ciudadana y 4) prevenir la causación de daños a las personas y bienes. No obstante la idea de separar las dos leyes, no hay como no hacer una comparación entre estos criterios y lo que dice el artículo 2º, de la *Lei* lusitana 1/2005. Sin embargo, la norma portuguesa, como se ha visto, además de denominar como fines y no meros criterios, establece un *numerus clausus* de posibilidades, de acuerdo con la redacción del texto del citado artículo: “*Só* poderá ser autorizada a utilização de vídeovigilância, no âmbito da presente lei, que vise um dos seguintes fins”¹³⁸⁴. Al redactar la expresión “se tendrán en cuenta” en el cuerpo del artículo cuarto, el legislador español deja una margen de interpretación más amplia para la actuación de la vídeo-vigilancia, empero la inserción expresa del “principio de proporcionalidad”, por supuesto, da a entender que no se podrán configurar hipótesis que contraríen la lógica del precepto en cuestión.

¹³⁸³ MAGRO SERVET, V. “Consideraciones sobre la nueva Ley ... cit., p. 284-285.

¹³⁸⁴ *Vid.*: Capítulo III, epígrafe 3.4.1.4

El artículo quinto trata sobre el uso de videocámaras móviles y revela la posibilidad de utilizarlas con carácter simultáneo a las fijas, en las vías o lugares públicos donde se haya autorizado la instalación de estas, pero supeditada la toma, que ha de ser conjunta, de imagen y sonido, a la concurrencia de un peligro *concreto*. La autorización para el uso de cámaras móviles no corresponde al Delegado del Gobierno, sino al propio responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, quien ha de ponerla en conocimiento de la Comisión en el plazo de 72 horas, la cual podrá recabar el soporte físico de la grabación a efectos de emitir el correspondiente informe. Abre la Ley la posibilidad de utilizarse en los restantes lugares públicos las videocámaras móviles. La autorización de dicho uso corresponderá al máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quien atenderá a la naturaleza de los eventuales hechos susceptibles de filmación, adecuando la utilización del medio a los principios del artículo 6. Se introduce un régimen excepcional de urgencia máxima o de imposibilidad de obtener a tiempo la autorización indicada en razón del momento de producción de los hechos o de las circunstancias concurrentes. Será lícita, pues, la obtención de imágenes y sonidos con videocámaras móviles, si en el plazo de setenta y dos horas se hace mediante un informe motivado al máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a la Comisión. Si esta, entonces, estima oportuno dicho informe, podrá requerir la entrega del soporte físico original y emitir su opinión. En el supuesto de que sea negativo el informe de la Comisión (realizado *a posteriori*), la autoridad encargada de la custodia de las grabaciones deberá proceder a su destrucción inmediata. Se impone en la disposición legal que la Comisión ha de ser quincenalmente informada de la utilización de videocámaras móviles y podrá recabar en todo momento el soporte de las correspondientes grabaciones y emitir un informe al respecto. Es cierto que el uso de videocámaras móviles es una providencia que atiende a los reclamos que pueden también integrarse en las finalidades de la Ley. También es cierto que existen situaciones en las que la urgencia y la necesidad exigen que el trámite para la instalación de cámaras sea más rápido. Aunque en tales casos se exija un procedimiento distinto para las cámaras fijas, son comunes los criterios y los principios que informan tanto la instalación de estas como la de las móviles.

La redacción del artículo sexto posee un intrínseco nexo con lo que he planteado en el Capítulo antecedente sobre los posibles conflictos existentes entre el interés público y el derecho a la propia imagen. Eso se nota ya en su apartado inicial, cuando se establece que “la utilización de videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima”. Faltaría, pues, la expresa previsión legal de la ponderación (proporcionalidad en sentido estricto) para completar la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio. No obstante, la inclusión de la palabra “proporcionalidad” y de sus dos subprincipios por la Ley ya induce a concluir que el intérprete también ha de inferir que la proporcionalidad en sentido estricto también forma parte de tal norma. Es conveniente calificar de notable la adopción explícita del principio de proporcionalidad por el texto legal, pues tales disposiciones establecen que para la instalación de sistemas de videocámaras será necesario ponderar los bienes jurídicos protegidos, con especial atención al respeto del principio de proporcionalidad. Además, se ha de tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la “*superación del juicio de proporcionalidad*” indicada para la *actividad administrativa* exige la concurrencia de tres requisitos básicos, a saber: que la medida adoptada sea susceptible de cumplir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), que no exista otra medida más moderada para la consecución del fin pretendido (juicio de necesidad), y que dicha medida resulte ponderada o equilibrada (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)¹³⁸⁵.

En sus demás apartados, el artículo sexto indica que la mencionada idoneidad significa que sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana y que la intervención mínima exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas. Se establece que para la utilización de las videocámaras se exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles. Se protege, de forma más

¹³⁸⁵ Ver en sus Sentencias SSTC 66/1995, de 8 de mayo F. 5; SSTC 55/1996, de 28 de marzo FF. 6, 7, 8 y 9; SSTC 207/1996, de 16 de diciembre F. 4.e; y SSTC 37/1998, de 17 de febrero F. 8.

intensa, la inviolabilidad personal cuando se regula que no se podrán, por regla general, utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares públicos, abiertos o cerrados, cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. En este sentido, argumenta ARZOZ SANTISTEBAN que sólo cabría utilizar la vídeo-vigilancia para prevenir aquellas conductas realizadas en lugares públicos que, tipificadas como infracciones, puedan suponer la puesta en peligro directamente de personas o bienes¹³⁸⁶. Defiende, por su parte, MARTÍNEZ RUIZ que sólo ha de admitirse la constitucionalidad de las grabaciones vídeo-gráficas practicadas por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los casos en que pudiera afirmarse una relación de inmediatez espacio-temporal característica de las situaciones de *flagrancia*, definidas preponderantemente por la nota de la *evidencia*, que siendo algo sustancialmente diverso al simple conocimiento fundado, puede y debe proyectarse no sólo respecto de la perpetración del hecho sino, también, respecto de la necesidad de evitar la desaparición de las fuentes de prueba¹³⁸⁷. Analizando tal tesis, se encuentran en la Ley, aunque implícitos, los supuestos de flagrancia y de evidencia sustentados por el autor dentro de los citados principios de idoneidad (art. 6.2) e intervención mínima (6.3). La evidencia, que precede a la flagrancia, se relaciona con la idoneidad de la instalación de las videocámaras y su consiguiente intervención mínima, pues si no existe una evidencia de que se cometerán delitos, no resulta adecuada la competente autorización.

Siguiendo la línea del artículo, para mejor completar tal tutela de la *inviolabilidad personal*, la Ley, de forma coherente, dispone que las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente por quien tenga la responsabilidad de su custodia. Para ser congruente con mi postura cuando he efectuado el análisis de la *Lei* portuguesa 1/2005¹³⁸⁸, la palabra *inmediatamente* puede invocar una

¹³⁸⁶ ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. “Vídeo-vigilancia y derechos fundamentales: análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1997” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64, 2002, p. 133-176.

¹³⁸⁷ MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen...* cit., p. 64-65.

¹³⁸⁸ *Vid.*: Capítulo III, epígrafe 3.4.1.4

interpretación amplia, de manera que sería mejor establecer tal plazo con otros criterios. Sin embargo el artículo siete informa de forma más objetiva lo que se ha de inferir de la inmediatez a que la Ley se refiere, cuando dispone sobre la comunicación al Poder Judicial de hechos delictivos. La disposición prevé que si la grabación capte la comisión de hechos que puedan ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrán de poner la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad a disposición judicial “con la *mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación*”. Lo que en otras palabras quiere decir que lo inmediato significa menos de setenta y dos horas.

El artículo octavo dispone que las grabaciones obtenidas mediante estos aparatos de vídeo-vigilancia pueden tener un doble destino¹³⁸⁹. Si se captan hechos que pudieran ser constitutivos de delito, de infracción administrativa relacionada con la seguridad ciudadana, administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial o administrativo abierto se pondrán las grabaciones a disposición del órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador. En los demás casos, las grabaciones serán destruidas en el plazo de un mes desde su captación. Se prohíbe expresamente la cesión o copia de las imágenes obtenidas, salvo en los supuestos de interés estatal previstos en el artículo, y se impone el deber de reserva, confidencialidad y sigilo a las personas que por razón del ejercicio de sus funciones tengan acceso a las grabaciones, además de la responsabilidad penal por sus actos. Atribuye a la Administración competente el poder de reglamentar y determinar el órgano o autoridad gubernativa que tendrá a su cargo la custodia de las imágenes obtenidas y la responsabilidad sobre su ulterior destino, incluida su inutilización o destrucción, estableciendo que dicho órgano será el competente para resolver sobre las peticiones de acceso o cancelación promovidas por los interesados. Conviene notar que tal precepto establece los cuidados formales que ha de tener el órgano de la Administración que custodia las cintas de las imágenes, para que se delimite las responsabilidades *interna corporis*. Además, es razonable el establecimiento del plazo de

¹³⁸⁹ PADRÓS REIG, Carlos. “Vídeo-vigilancia y Estado Autonómico. Comentario a propósito de la actividad normativa de despliegue de la ley orgánica 4/1997” en *Revista de Administración Pública*, N° 151, Enero-abril 2000, p. 471.

un mes para la destrucción de las grabaciones que no tengan un real interés para el Estado.

En el artículo 9 se relacionan los derechos de los interesados. Impone la Ley un deber de información, que ha de ser manera clara y permanente, de la existencia de videocámaras fijas, sin especificar su emplazamiento, y de la autoridad responsable. Además, se prevé que el interesado podrá requerir el acceso y la cancelación de las grabaciones en que razonablemente considere que figura. Empero, el ejercicio de estos derechos podrá ser desestimado cuando haya peligros para la defensa del Estado, la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se están realizando. La intención de estas directrices es informar al titular de que su derecho individual a la propia imagen está siendo restringido, además de indicar el órgano responsable, permitiendo que la persona reclame si estimar que su derecho fuere ilegítimamente ofendido.

La Ley Orgánica en los restantes artículos trata lo referente a la tipificación de las infracciones a la normativa, así como al establecimiento de un régimen sancionador. Se remite, por una parte, al régimen disciplinario general de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, de otra, a la legislación en materia de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Merece mayor atención la Disposición Adicional séptima la cual especifica, en líneas generales, los actos de desvío de poder que se considerarán fallas muy graves dentro del régimen disciplinario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹³⁹⁰.

Examinando todo el cuerpo del texto legal y las restricciones impuestas por la Ley 4/1997, coincido con la opinión de ARZOZ SANTISTEBAN de que el uso de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad es una medida adecuada e *idónea*

¹³⁹⁰. “Se considerarán faltas muy graves en el régimen disciplinario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, las siguientes infracciones: a) alterar o manipular los registros de imágenes y sonidos siempre que no constituya delito; b) permitir el acceso de personas no autorizadas a las imágenes y sonidos grabados o utilizar éstos para fines distintos de los previstos legalmente; c) reproducir las imágenes y sonidos para fines distintos de los previstos en esta Ley; d) utilizar los medios técnicos regulados en esta Ley para fines distintos de los previstos en la misma.

para prevenir delitos, faltas e infracciones relacionadas con la seguridad ciudadana¹³⁹¹. Se ha de concluir que todavía no se han creado otras medidas tan capaces o eficaces para obtener el mismo resultado que proporciona la utilización de tales aparatos con una menor restricción de los derechos involucrados. No resulta evidente, por ejemplo, que la presencia policial masiva pudiera cumplir las exigencias que emanan de la seguridad pública tan eficazmente como la utilización de las videocámaras. Y con relación a los argumentos que fundamentan la proporcionalidad de la Ley Orgánica, indica, de forma pertinente, el citado autor que: a) la Ley no autoriza a una vigilancia general e indiscriminada; b) hay restricción espacial de la toma de imágenes; c) existe restricción temporal de la conservación de las grabaciones; d) se prohíbe, de forma general, la copia o cesión de las imágenes y sonidos obtenidos; e) se prevé la publicidad de la existencia y de la autoridad responsable de las videocámaras; f) establece los derechos de los interesados.

4.4.1.3 La Ley de Seguridad Privada

La Ley de Seguridad Privada, en realidad, no se presta específicamente a concretar el radio de actuación del derecho a la propia imagen. Tiene su objeto más centrado en definir algunos aspectos materiales y en regular la prestación por personas, físicas o jurídicas privadas, de servicios de vigilancia y seguridad de personas o bienes, que tendrán la consideración de actividades complementarias y subordinadas respecto a las de seguridad pública. De los pocos artículos que se refieren al derecho a la propia, merece, inicialmente, que se haga referencia al artículo 1, apartado 3, el cual establece que las actividades y servicios de seguridad privada se prestarán con absoluto respeto a la Constitución y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico. El personal de seguridad privada se atenderá en sus actuaciones a los *principios de integridad y dignidad*; protección y trato correcto a las personas, evitando abusos, arbitrariedades y violencias y actuando con *congruencia y proporcionalidad* en la utilización de sus facultades y de los medios disponibles. He de destacar este precepto,

¹³⁹¹ ARZOZ SANTISTEBAN, X. “Vídeo-vigilancia y derechos fundamentales... cit., p. 163 y ss.

conformador de la actuación de los que ejercen la seguridad privada, como el que se convierte en el hilo conductor del articulado del texto de la Ley.

El artículo tercero, por ejemplo, informa que estará prohibido comunicar a terceros cualquier información que conozcan en el ejercicio de sus funciones sobre sus clientes, personas relacionadas con éstos, así como los bienes y efectos que custodien. Tal regla podría ser aplicada de forma extensiva a las grabaciones que se hagan por un circuito interno de videocámaras que afecten al derecho a la propia imagen. El artículo cuarto dispone que para garantizar la seguridad, sólo se podrán utilizar las medidas reglamentadas y los medios materiales y técnicos homologados, de manera que se garantice su eficacia y se eviten daños o molestias a terceros. Será el Ministerio del Interior quien determinará las características y finalidades de dichos medios materiales y técnicos, que podrán ser modificadas o anuladas cuando varíen las condiciones o circunstancias que determinen su aprobación. Se verifica en este artículo una norma *in albis*, la cual confiere un claro otorgamiento de atribución al órgano estatal para intervenir directamente en la actividad de seguridad privada. Podrá, pues, mediante una norma infralegal, establecer como lícita la vídeo-vigilancia privada, bien considerarla antijurídica. Podría la Ley haber sido más concreta en relación a estas posibilidades de características y finalidades de dichos medios materiales y técnicos, estableciendo algunos ejemplos, aunque mínimos, para tal fin.

En el Capítulo que trata sobre el personal de seguridad, el artículo 10 de la Ley afirma que, para el ejercicio de las funciones de seguridad privada, el personal (o empresa) habrá de obtener previamente la correspondiente habilitación del Ministerio del Interior, con el carácter de autorización administrativa, en expediente que se instruirá a instancia del propio interesado. En este sentido, para la obtención de la indicada habilitación, los aspirantes habrán de reunir algunos requisitos, entre los cuales consta el de “no haber sido condenado por intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del secreto de las comunicaciones o de otros derechos fundamentales, en los cinco años anteriores a la solicitud”. También relevante es el apartado cuarto del artículo 19, el cual dispone que los

detectives privados, en ningún caso, podrán utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones. Las dos disposiciones normativas imponen, de manera congruente, el requisito de no vulneración de los aludidos derechos para la obtención y validez de la habilitación que confiere legitimidad a tal práctica de seguridad.

No obstante tales consideraciones y aparte de la mención explícita de los *principios de integridad, dignidad, congruencia y proporcionalidad* en la utilización de los medios disponibles, estimo que podría haber sido más pródiga la Ley en lo concerniente al tratamiento, cuidado y respecto a los derechos fundamentales que se interrelacionan con la seguridad privada, principalmente el derecho a la propia imagen.

4.4.1.4 La Ley de Protección de Datos de Carácter Personal

Como ha ocurrido en la experiencia portuguesa¹³⁹², con vistas a adecuarse a la Directiva Europea 95/46, este instrumento legislativo busca regular la llamada libertad informática o la autodeterminación informativa¹³⁹³, un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, que es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a autodeterminación personal frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos¹³⁹⁴. La libertad informática para el TC es el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención¹³⁹⁵. Este es el mensaje inicial del primer artículo de la Ley el cual, al concebir su objeto, esclarece que

¹³⁹² *Vid.*: Capítulo III, epígrafe 3.4.1.3

¹³⁹³ VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel. *Comentarios a la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*. Madrid: Civitas, 2001, p. 44.

¹³⁹⁴ SERRA RODRÍGUEZ, Adela. “Los derechos de los particulares en la nueva Ley de protección de datos de carácter personal” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 6, 2000, p. 1998-2014.

¹³⁹⁵ STC 254/1993 de 20 de julio, STC 202/1999, de 8 de noviembre, STC 60/1998, de 16 de marzo, STC 94/1998, de 04 de mayo, STC 124/1998, de 15 de junio, STC 125/1998, de 15 de junio.

tal instrumento legislativo se presta a garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y *especialmente de su honor e intimidad personal y familiar*.

No obstante ser la informática el substancial vehículo de vulneraciones a los citados derechos, una de las principales innovaciones de la Ley, apuntada por la doctrina, fue que dicha norma se aplica a todos los datos de carácter personal, con independencia de que el fichero donde se hallan registrados esté automatizado o se encuentre en un soporte susceptible de tratamiento automatizado. Se amplía el objeto de protección, que no viene limitado al tratamiento automatizado de datos, sino que se aplica a todo tratamiento de datos de carácter personal, cualquiera que sea el soporte físico (automatizado o no)¹³⁹⁶. Se extendió, de este modo, su ámbito de aplicación a cualquier modalidad de uso posterior (sea o no automatizado) de estos datos que realicen los sectores público y privado¹³⁹⁷. En este sentido, el derecho a la propia imagen únicamente será tutelado por la Ley en epígrafe, en los supuestos en que funcione como un *dato personal*. Define esta figura el artículo 3.a), de la Ley Orgánica, como “cualquier información concerniente a personas físicas *identificadas o identificables*”. Con base esta concepción anterior, serán necesarios, por tanto, dos elementos para que se conciba la existencia de un dato de carácter personal: la información y la persona a la que concierne

¹³⁹⁶ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. “Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal” en *Actualidad informática Aranzadi: revista de informática para juristas*, Nº 34, 2000; SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. A. “La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de datos de carácter personal: diez consideraciones en torno a su contenido” en *Revista de estudios políticos*, Nº 111, 2001, p. 201-214; SERRA RODRÍGUEZ, Adela. “Los derechos de los particulares en la nueva Ley de protección de datos de carácter personal” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 6, 2000, p. 1998-2014; FERNANDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. “La nueva ley de protección de datos de carácter personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades” en *Actualidad informática Aranzadi: revista de informática para juristas*, Nº 34, 2000; VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel. *Comentarios a la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*. Madrid: Civitas, 2001, p. 37; GARCÍA ONTOSO, Rosa María. “Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999” en *Actualidad informática Aranzadi: revista de informática para juristas*, Nº 34, 2000; PESO NAVARRO, Emilio del. “Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos y la LORTAD” en *Actualidad informática Aranzadi: revista de informática para juristas*, Nº 34, 2000.

¹³⁹⁷ Afirma PÉREZ LUÑO (*Manual de Informática y Derecho*. Ariel, 1996, p. 57-58) que las agresiones de sector privado no son menores que las que provienen del poder institucional, por lo que la diferencia de regímenes de protección no tendría por qué traducirse en merma de los instrumentos de garantía frente a los abusos perpetrados desde la esfera de los grandes intereses económicos privados.

dicha información¹³⁹⁸. Es cierto que la imagen, por sí sola, ya puede considerarse una información personal: la información gráfica de los rasgos físicos individuales del aspecto físico externo que singularizan y tornan reconocible a una persona. Tal bien de la personalidad únicamente encontrará cabida dentro del concepto de dato personal cuando se incorpore a un fichero, definido por el artículo 3 b) de la Ley como “*todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso*”. Ello supone que la imagen humana para la Ley, ha de estar inserta en una organización sistemática, con arreglo a criterios que permitan su inclusión en el concepto de “datos personales” de una determinada persona. Por tanto, para que la propia imagen se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la LOPD, es necesario que la representación gráfica de la figura humana sea registrada en un soporte físico que permita su tratamiento; es decir, que la imagen sea tratada en un fichero.

No obstante, por razón de la materia o finalidad llamada a cumplir, quedan excluidos algunos ficheros como los mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades *exclusivamente* personales o domésticas, dada su ausencia de riesgo a la circulación o transmisión a terceros; los establecidos para la investigación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada; y los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas. De otra parte, informa la Ley que se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, los tratamientos de datos personales de: a) los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral; b) los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública; c) los que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas; d) los derivados del Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes; e) los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación

¹³⁹⁸ SALOM, Javier Aparicio. *Estudio sobre la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. Editorial Aranzadi, 2000, p. 43.

sobre la materia¹³⁹⁹. Se ha de inferir que la Ley será, de este modo, como una *lex generalis* para estos sistemas de vídeo-vigilancia, pues, conforme a tales disposiciones, dichos sistemas se encajan en el concepto legal de fichero.

Pese a no ser expresa la intención del legislador en tutelar el derecho a la propia imagen como uno de sus objetos principales, conviene analizar si los principios que rigen la Ley se vinculan a la protección constitucional que la Constitución confiere al bien de la personalidad que se está enfocando. Por ello, estimo que el mensaje cardinal de la Ley que entra en consonancia con el concepto constitucional español del derecho a la propia imagen está radicado en el artículo seis, el cual trata sobre el *consentimiento* del afectado. No es relevante sólo desde esta perspectiva jurídico-constitucional el permiso del interesado, sino que la doctrina que se ocupa del tema indica que el consentimiento es el principio básico de la LOPD, en torno al cual operan los restantes recogidos en la norma¹⁴⁰⁰. En este contexto, para el tratamiento de los datos de carácter personal incorporados a un fichero, el artículo 6.1 de la LOPD establece que “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el *consentimiento inequívoco* del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”. Se impone, pues, como regla general que para usarse la imagen como dato personal ha de estar presente la autorización del titular. Esta

¹³⁹⁹ No obstante, el art. 22 de la Ley dispone sobre los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: “1. Los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que contengan datos de carácter personal que, por haberse recogido para fines administrativos, deban ser objeto de *registro permanente*, estarán sujetos al régimen general de la presente Ley. 2. La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad. 3. La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales. 4. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad”.

¹⁴⁰⁰ RUBÍ NAVARRETE, Jesús. “Los principios de protección de datos y el reglamento de medidas de seguridad” en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho: 2000-2001* (coord. por Miguel Ángel Davara Rodríguez), 2001, p. 79-86; FREIXAS GUTIÉRREZ, Gabriel. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*. Bosch, Barcelona, 2001, p. 179.

disposición encuentra respaldo en la concepción moral, excluyente y negativa que configura la vertiente constitucional del derecho a la propia imagen, la cual representa la facultad de evitar la difusión incondicionada de las evocaciones físicas personales que constituyen el primer elemento configurador de la individualidad de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. Lo que en otras palabras quiere decir el texto de la Ley es que, por regla general, la captación de la imagen del titular para su uso como dato personal es una *limitación voluntaria*. El legislador, siendo más técnico que la LOPHIPI, define e impone que el consentimiento ha de ser una manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen (art. 3. h). Es manifiesta la congruencia de esta definición legal de consentimiento con la que he desarrollado en esta tesis. Además de esta forma de permiso, la cual ALONSO MARTÍNEZ denomina de “consentimiento general”, la Ley también prevé una hipótesis en que tal autorización ha de ser *expresa* (art. 7.3) y otra en la que además de *expresa*, debe ser *escrita* (art. 7.2)¹⁴⁰¹. Se suele admitir, por ello, la posibilidad de la existencia del consentimiento tácito, aunque tal permiso no deje dudas sobre el contenido y el alcance de las circunstancias respecto de las que se consiente¹⁴⁰².

Empero, junto a la restricción “salvo que la Ley disponga otra cosa” del número 1 del mencionado artículo 6, dispone el apartado 2, por vía de excepción, que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para 1) *el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas* en el ámbito de sus competencias, 2) cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o

¹⁴⁰¹ ALONSO MARTÍNEZ, Carlos. “El consentimiento del interesado en la protección de datos” en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho: 2000-2001* (coord. por Miguel Ángel Davara Rodríguez), 2001, p. 17-27.

¹⁴⁰² DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. “Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal” en *Actualidad informática Aranzadi: revista de informática para juristas*, N° 34, 2000; ALONSO MARTÍNEZ, Carlos. “El consentimiento del interesado en la protección de datos”... cit., p. 23; SALOM, J. A. *Estudio sobre la Ley Orgánica...* cit., p. 69; VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel. *Comentarios a la Ley Orgánica de...* cit., p. 115; RUIZ CARRILLO, Antonio. *La protección de los datos de carácter personal*. Bosch, Barcelona, 2001, p. 40.

cumplimiento; 3) cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o 4) cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. El tenor de este apartado indica que el legislador quiso establecer algunos *límites* al poder de consentimiento facultado anteriormente y, por consiguiente, al derecho a la propia imagen considerado como dato personal. Se ha de hacer notar, no obstante, que la segunda hipótesis expuesta no se configura, en principio, como un límite propiamente dicho, porque la expresión “*las partes de un contrato*” demuestra que existe una relación sinalagmática, bilateral, siendo, pues, que el titular de la imagen no estaría obligado a pactar sobre el uso de su imagen como dato personal. Ilustra SALOM que este tipo de consentimiento se presta para la perfección del contrato principal y, dado que el tratamiento resulta esencial para la ejecución de éste, para que el contrato pueda cumplirse, debe entenderse que el consentimiento se ha otorgado con la aceptación de la oferta del contrato¹⁴⁰³. Se presume, pues, la autorización mientras que no se extinga la relación nacida del contrato. Pese a estos argumentos, en mi opinión, si existe, por tanto, la facultad de negarse a la utilización de su imagen como dato personal, ya que el supuesto indicado se refiere a una *limitación voluntaria* y no una auténtica restricción.

Por el contrario, sí se estará ante un verdadero límite cuando la utilización de la imagen de personas como dato personal se conciba como una actividad que cumpla el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias. La Ley ha adoptado un sistema de excepción muy genérico, pues, desde una perspectiva extensa, cualquier actividad que se desarrolle por una Administración puede ser considerada como de interés público, en cuanto la Administración es una encarnación de tal interés, según se desprende del art. 103 de la CE¹⁴⁰⁴. Por ello, se afirma que tal excepción se fundamenta en razones de tipo subjetivo, en el responsable

¹⁴⁰³ SALOM, J. A. *Estudio sobre la Ley Orgánica ...* cit., p. 72

¹⁴⁰⁴ *Íd.*, p. 71.

del tratamiento de los datos, y no objetivas, relativas a la finalidad que se pretende. No obstante, la LOPD trata de paliar el desequilibrio que supone esta excepción al principio del consentimiento, mediante la determinación de algunas garantías adicionales en el Capítulo I del Título IV y en el Capítulo VII, relativo a los tratamientos especiales. Por su parte, los apartados del artículo cuarto los cuales disponen que 1) los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean *adecuados, pertinentes y no excesivos* en relación con el *ámbito* y las *finalidades determinadas, explícitas y legítimas* para las que se hayan obtenido; 2) Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para *finalidades incompatibles* con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos; 3) los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con *veracidad* a la situación actual del afectado; 4) si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 16; 5) los datos de carácter personal serán *cancelados* cuando *hayan dejado de ser necesarios o pertinentes* para la *finalidad* para la cual hubieran sido recabados o registrados y no serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un *período superior al necesario* para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados; 6) los datos de carácter personal serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del *derecho de acceso*, salvo que sean legalmente cancelados; 7) Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. Aunque se invoquen estas disposiciones normativas, será la finalidad “funciones *propias* de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias” la que regirá el uso de la imagen como dato personal en dicho supuesto de restricción, y para la creación, modificación o supresión de un fichero de datos personales por la Administración Pública, se han de cumplir los requisitos del artículo 20 de la Ley, el cual establece que 1) la creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el "Boletín Oficial del Estado" o Diario oficial correspondiente; 2) las disposiciones de creación o de

modificación de ficheros deberán indicar: a) la *finalidad* del fichero y los usos previstos para el mismo, b) las personas o colectivos sobre los que se pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos, c) el procedimiento de recogida de los datos de carácter personal, d) la estructura básica del fichero y la descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo, e) las cesiones de datos de carácter personal y, en su caso, las transferencias de datos que se prevean a países terceros, f) los órganos de las Administraciones responsables del fichero, g) los servicios o unidades ante los que pudiesen ejercerse los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, h) las medidas de seguridad con indicación del nivel básico, medio o alto exigible; 3) en las disposiciones que se dicten para la supresión de los ficheros, se establecerá el destino de los mismos o, en su caso, las previsiones que se adopten para su destrucción. Como puede notarse, la Ley ha contrarrestado la imprecisión del número 2 del artículo 6, con estas reglas teleológicas del citado artículo 20.

La Ley prevé la restricción a la facultad de consentimiento cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado y hace mención al artículo 7.6. Tal disposición, que trata sobre los datos especialmente protegidos, regula que podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal cuando dicho tratamiento resulte *necesario* para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al *secreto profesional* o por otra persona sujeta asimismo a una *obligación equivalente* de secreto. También cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento. Tal regla reproduce el límite impuesto por el interés público de preservación médica y sanitaria tanto individual como social. De forma adecuada, impone una obligación de secreto funcional en esta situación de excepción.

En mi opinión, el supuesto que más incertidumbres puede causar es el relativo a los datos que figuran en *fuentes accesibles al público* y que su tratamiento sea necesario para la satisfacción del *interés legítimo perseguido* por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. En primer lugar, ha de señalarse que el hecho de que los datos son accesibles al público no implica que sea público el interés del responsable del fichero o del tercero a quien se los comunica. Se constata aquí un explícito margen subjetivo de tal precepto, que podría llevar a arbitrarios usos de tales datos si la redacción no hubiera dispuesto que será lícita tal utilización únicamente y *siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado*. No obstante, la circunstancia que más puede ser discutida en la formulación de tal disposición legal es la imprecisa definición de “fuentes accesibles al público”. Podría suponerse que tal expresión quiere decir que son datos de carácter personal provenientes de circunstancias que una persona manifiesta de forma pública o que se encuentran publicados y, por ello, al alcance de cualquier interesado. La lógica de esa afirmación, explica SALOM, es que la información manifiesta es ajena a la intimidad personal y familiar¹⁴⁰⁵. En otras palabras, si la persona manifiesta públicamente sus datos personales, ello implica que serán estos accesibles al público en general. Sin embargo, como bien razona el referido autor, la manifestación de esta información podría considerarse como la prestación de un consentimiento presunto para el tratamiento. Se estaría, como he defendido en esta investigación, ante una limitación voluntaria y no una excepción al derecho del titular. En este sentido, la causa de esta restricción ha de ser razonada en la afirmación de que, al estar disponibles en general a cualquier ciudadano, tales datos personales constituyen una fuente de información pública y pueden ser utilizados por cualquiera. Empero, además de la garantía de la parte final del apartado 1, que dispone que tales datos serán tratados sin el consentimiento del interesado *siempre que no se vulneren sus derechos y libertades fundamentales*, el titular también posee el derecho de cancelación y de oposición del artículo 6.4, el cual certifica que “en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá

¹⁴⁰⁵ *Íd.*, p. 76 y ss.

oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”. La Ley, pues, no autoriza, contra la voluntad del titular, que se mantenga un tratamiento de datos en las *fuentes accesibles al público*, lo que sí resultaría una genuina restricción, sino que permite que los datos publicados puedan incluirse en el tratamiento sin necesidad de que se haya otorgado previamente el consentimiento para tal finalidad. Se estará, pues, ante un caso en el cual, como sostiene VIZCAÍNO CALDERÓN, no se informó al afectado¹⁴⁰⁶ en los términos del artículo 5.1¹⁴⁰⁷, aunque debió informarle dado el texto del artículo 5.4¹⁴⁰⁸ o en los más limitados del último párrafo del artículo 5.5, si concurren los requisitos allí dispuestos. Por tanto, la real restricción en este supuesto es la concerniente a la necesidad de que el consentimiento sea previo al tratamiento, pero no que haya de obtenerse tal permiso por parte del responsable del tratamiento¹⁴⁰⁹.

Sin embargo, se ha de hacer notar que esta excepción del consentimiento aparece entremezclada con el derecho de información posterior al titular de los datos. Como anteriormente reseñó VISCAÍNO CALDERÓN, la regla que establece la Ley es que se informe a la persona afectada de forma expresa, precisa e inequívoca de que se han recogido algunos de sus datos personales, y entre ellos, posiblemente la propia imagen. La excepción de esta disposición es descrita en el citado artículo 5.5, el cual establece que no habrá la obligación de informar a *posteriori*, “cuando expresamente una ley lo

¹⁴⁰⁶ VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel. *Comentarios a la Ley Orgánica de...* cit., p. 119.

¹⁴⁰⁷ “Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) De la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento”.

¹⁴⁰⁸ “Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo”.

¹⁴⁰⁹ SALOM, J. A. *Estudio sobre la Ley Orgánica...* cit., p. 78.

prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos, o cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia de Protección de Datos o del organismo autonómico equivalente, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias”. Asimismo, tampoco regirá la obligación de información al titular de los datos recogidos cuando estos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten. Este artículo ha de ser unido a la redacción del artículo 30 de la Ley, el cual regula el tratamiento con fines de publicidad y de prospección comercial. Se establece en el número 1 que quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en *fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento*. El apartado 2 dispone que cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público, de conformidad con lo establecido en el mencionado artículo 5.5, en cada comunicación que se dirija al interesado se informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten. El siguiente número establece que, en el ejercicio del derecho de acceso, los interesados tendrán derecho a conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como del resto de información a que se refiere el artículo 15. Y el último apartado garantiza que los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, tras su simple solicitud.

Aunque, más una vez, se podría aquí defender tal redacción con la expresión clave del apartado dos del artículo seis “siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”, es irrefutable admitir que existe una visible incongruencia entre el destino publicitario y de prospección comercial que se da a los

datos que se guardan en las inciertas fuentes accesibles al público y el principio del consentimiento de la letra “h” del artículo tres, el cual dispone que el permiso para que el interesado consienta el tratamiento de datos personales ha de ser libre, inequívoco, *específico e informado*. Si una persona manifiesta públicamente sus datos personales, y dentro de la lógica de la Ley, convierte estos datos en accesibles al público en general, ello no quiere decir, en absoluto, que haya una clara permisión para que se use tales datos para fines de publicidad y de prospección comercial, como parece trasparecer la literalidad de la conjugación del artículo 5.5 y el artículo 30 de la norma. Esta antítesis legal contraría la propia lógica interna de la Ley, que acepta únicamente el consentimiento no genérico, es decir, *específico e informado*, como también la idea que he planteado de la autorización expresa y específica para que se use alguna manifestación de los derechos de la personalidad en el tráfico mercantil. No obstante, como he indicado en el inicio de este párrafo, la Ley corrige tal posibilidad de utilización in consentida por una empresa publicitaria de la imagen humana inserta en un fichero de datos personales accesible al público pues, seguramente, se vulneraría el derecho fundamental protegido por el artículo 18.1 CE.

Siguiendo la exposición del principio del consentimiento en el texto de la Ley, el apartado tres del artículo seis prevé la posibilidad de revocación del referido permiso, cuando admite que podrá ser revocado cuando exista *causa justificada* para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos. Para completar el mensaje de este texto, ha de unirse al tenor del subsecuente apartado, el cual dispone que en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan *motivos fundados y legítimos* relativos a una concreta situación personal. La *mens legis*, por tanto, se basa en la regla de revocación y de oposición fundamentadas para que se excluya, legítimamente, los datos personales de un fichero. Aunque haya voces contra la previsión de la *causa justificada*¹⁴¹⁰, tanto por la indeterminación del concepto, como por la afirmación de que el derecho a la

¹⁴¹⁰ ORTÍ VALLEJO, Antonio. *Derecho a la intimidad e informática*. Comares, 1994; SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. A. “La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de datos de carácter personal:... cit., p. 208.

autodeterminación informativa permite que el ciudadano pueda controlar cuándo terceros pueden conocer datos personales que le conciernen, esta mención en el texto legal ha de converger con lo que ha dictado la ya mencionada STC 117/1994, de 25 de abril, la cual pondera que se ha de combatir el abuso del derecho de revocación que imponga sacrificios inútiles a la otra parte. En este sentido es inevitable concluir que la revocación no puede ser usada de modo arbitrario, es decir, desmotivada e irrazonable, de modo que se desvincule de los intereses que están subyacentes a esa facultad. También he sustentado que tal revocación tendrá los efectos *ex nunc*, pues no sería adecuado convertir, retroactivamente, en ilegítimas intromisiones antes consentidas. En el caso del llamado derecho de oposición, por tratarse de una autorización inconsciente, los efectos podrán ser *ex tunc*, dependiendo de las circunstancias del caso¹⁴¹¹.

Como demuestra ALONSO MARTÍNEZ, el principio del consentimiento regulado en el artículo sexto se completa con otros principios de la protección de datos insertos en la Ley, y en concreto, en los artículos 7, 8, 11 y 12¹⁴¹². Tales disposiciones imponen a los responsables de ficheros nuevos deberes con relación al consentimiento o a la regulación de sus excepciones. Los artículos 7 y 8 aluden a las características especiales del consentimiento en el tratamiento de datos especialmente protegidos; el artículo 11 establece deberes respecto a la cesión de datos y algunas excepciones al consentimiento, de los cuales son ejemplos los supuestos que se acaba de analizar; y el artículo 12 dispone las obligaciones del responsable del fichero y el encargado del tratamiento para el acceso a datos por cuenta de un tercero. Propone el referido autor una interesante doctrina respecto del consentimiento en la Ley, que se basa en los siguientes puntos: a) habrá de concederse el consentimiento para una finalidad determinada, explícita y legítima (art. 4.1); b) los datos deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos, atendiendo a la *finalidad* para la que se ha dado el consentimiento (art. 4.1); c) no podrán usarse los datos cuyo consentimiento ha dado el titular para finalidades

¹⁴¹¹ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. “Los derechos de las personas en la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal” en *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho, 2002-2003*, (coord. por Miguel Ángel Davara Rodríguez), 2003, p. 57-70.

¹⁴¹² ALONSO MARTÍNEZ, Carlos. “El consentimiento del interesado en la protección de datos”... cit., p. 28 y ss.

incompatibles (art. 4.2); d) deberán ser cancelados los datos de carácter personal cuando hayan dejado de ser adecuados o pertinentes para la finalidad para la que hubieran sido recabados (art. 4.5), de forma que ha de interpretarse que se produce una extinción automática del consentimiento cuando los datos dejan de ser adecuados o pertinentes con relación a la finalidad para la que han sido recabados, debiendo el responsable del fichero proceder a su cancelación; e) se prohíbe al responsable crear ficheros cuya exclusiva finalidad sea la de almacenar datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual (art. 7.4); f) la comunicación de datos personales consentida por el titular sólo podrá producirse cuando responda a fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario (art. 11.1); g) aun no siendo necesario el consentimiento del interesado, las comunicaciones sólo serán legítimas en cuanto se limiten a la finalidad que las justifique, para aquellos supuestos en los que el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica, cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros; h) será nulo el consentimiento cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos o el tipo de actividad de aquél a quien se pretende comunicar (art. 11.3); i) en la regulación del acceso a datos por cuenta de terceros el encargado del tratamiento será considerado responsable del tratamiento cuando destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato (art. 12)¹⁴¹³.

Conviene relacionar tales bases del principio general del consentimiento con los otros “derechos de las personas” insertos en la Ley Orgánica en cuestión. HERRÁN ORTIZ hace una síntesis de tales derechos, los cuales representan un instrumento jurídico para facilitar la defensa de los ciudadanos y tienen un arraigado vínculo con el contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa¹⁴¹⁴. En este sentido, la

¹⁴¹³ En un razonamiento similar, plantea RUBÍ NAVARRETE (Jesús. “Los principios de protección de datos y el reglamento de medidas de seguridad... cit.) algunos principios complementarios al principio del consentimiento: 1) Principio de información que atiende a la finalidad; 2) Principio de calidad de los datos; 3) Principio de seguridad de los datos; 4) Principio de proporcionalidad.

¹⁴¹⁴ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. “Los derechos de las personas en la Ley Orgánica 15/99... cit.,

mencionada autora indica el derecho de impugnación de valoraciones basadas en el tratamiento de datos (art. 13¹⁴¹⁵), el ya comentado derecho de oposición al tratamiento (art. 6.4); el derecho de consulta (art. 14¹⁴¹⁶), el derecho de acceso a la información (art. 15¹⁴¹⁷), los derechos de rectificación, cancelación y bloqueo de los datos (art. 16¹⁴¹⁸); el derecho a la indemnización (art. 19¹⁴¹⁹) y también el deber de informar a los afectados, por el cual el responsable del fichero deberá cumplir con lo dispuesto por el artículo 5¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁵ “Artículo 13. Impugnación de valoraciones. 1. Los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad. 2. El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad. 3. En este caso, el afectado tendrá derecho a obtener información del responsable del fichero sobre los criterios de valoración y el programa utilizados en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión en que consistió el acto. 4. La valoración sobre el comportamiento de los ciudadanos, basada en un tratamiento de datos, únicamente podrá tener valor probatorio a petición del afectado”.

¹⁴¹⁶ “Artículo 14. Derecho de consulta al Registro General de Protección de Datos. Cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento. El Registro General será de consulta pública y gratuita”.

¹⁴¹⁷ “Artículo 15. Derecho de acceso. 1. El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos. 2. La información podrá obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos. 3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo podrá ser ejercido a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrán ejercerlo antes”.

¹⁴¹⁸ “Artículo 16. Derecho de rectificación y cancelación. 1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días. 2. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos. 3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión. 4. Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación. 5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado”.

¹⁴¹⁹ Artículo 19. Derecho a indemnización. 1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados. 2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas. 3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercerá ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”.

¹⁴²⁰ Esta disposición regula que “los interesados a los que soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo, expreso, preciso e inequívoco: a) de la existencia de un fichero o

Para controlar el respecto a estos principios y sancionar las infracciones dispuestas en la Ley Orgánica, se crea la Agencia de Protección de Datos, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones y que se rige por lo establecido en la Ley y en su Estatuto propio. Tendrá tal órgano administrativo, según reza el artículo 37, las funciones de: a) velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos; b) emitir las autorizaciones previstas en la Ley o en sus disposiciones reglamentarias; c) dictar, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la Ley; d) atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas; e) proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento de los datos de carácter personal; f) requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de la Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones; g) ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos por el Título VII de la Ley; h) informar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen la Ley; i) recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda e información estime necesaria para el desempeño de sus funciones; j) velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos con carácter personal, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la Agencia determine; k) redactar una memoria anual y remitirla al

tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos de los destinatarios de la información; b) del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; c) de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) de la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; e) de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante”. En cuanto al modo en que haya de facilitarse dicha información, debe tenerse en cuenta que es más adecuado el razonamiento que corresponde al responsable del fichero la prueba del cumplimiento del deber de informar, y dicha prueba no podría obtenerse en caso de una mera información verbal. En este sentido, la información a los afectados podría realizarse mediante la indicación fácilmente visible y expresada con claridad de los aludidos extremos contenidos en el artículo 5.1.

Ministerio de Justicia; l) ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos, así como desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales; m) velar por el cumplimiento de las disposiciones que la Ley de la Función Estadística Pública establece respecto a la recogida de datos estadísticos y al secreto estadístico, así como dictar las instrucciones precisas, dictaminar sobre las condiciones de seguridad de los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos y ejercer la potestad a la que se refiere el artículo 46; n) cuantas otras le sean atribuidas por normas legales o reglamentarias. Además, insta resaltar que prevé la Ley la posibilidad de creación de Agencias de Protección de Datos en las Comunidades Autónomas, siempre y cuando actúen dentro del ámbito de sus competencias.

Es importante también destacar el expreso poder de inspección que confiere la Ley a las denominadas autoridades de control, previsto en el artículo 40. Según el texto legal la potestad de inspección permite que las autoridades de control inspeccionen los ficheros a que hace referencia la Ley, recabando cuantas informaciones precisen para el cumplimiento de sus cometidos. A tal efecto, podrán solicitar la exhibición o el envío de documentos y datos, y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, así como inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos, accediendo a los locales donde se hallen instalados. Los funcionarios que ejerzan la inspección tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos y estarán obligados a guardar secreto sobre las informaciones que conozcan en el ejercicio de las mencionadas funciones, incluso después de haber cesado en las mismas. Al final de su articulado, la Ley establece un régimen de infracciones y sanciones que prevé los responsables, los tipos de infracciones (leves, graves y muy graves), el tipo de sanciones, las infracciones de la Administraciones públicas, la prescripción, el procedimiento sancionador y la potestad de inmovilización de ficheros.

Por todas estas competencias, se ha de inferir que tendrán un papel fundamental la(s) Agencia(s) de Protección de Datos en la protección de la vertiente constitucional del derecho a la propia imagen, considerado éste como dato personal.

4.4.2 El Código Penal

En el Derecho Penal español, es conveniente para esta investigación que se estudie el Título X del Código Penal que tipifica los “Delitos contra la Intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio”. No obstante la autonomía dada al derecho a la propia imagen en el epígrafe del Título, se constata que lo que se tutela es, en realidad, con la previsión típica de los crímenes allí dispuestos, especialmente, la intimidad¹⁴²¹. Efectivamente, el derecho a la propia imagen no ha sido considerado de forma independiente por la norma penal, sino que sólo le atribuye un papel de instrumento de vulneraciones del derecho a la intimidad.

Sin embargo, como relata DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, los delitos contra la propia imagen se contemplaban en el artículo 193, inserto en el Capítulo II, del Proyecto de Código Penal de 1994¹⁴²². Remitido el texto al Congreso de los Diputados, y tras la tramitación parlamentaria correspondiente, el Pleno aprobó el Proyecto en su sesión de 5 de junio de 1995. En dicho texto, remitido al Senado para su discusión y aprobación, el artículo 193 inicial, con ligeros retoques, se convirtió en el artículo 202. Tal disposición castigaba al que utilizase por cualquier medio la imagen o el nombre de otra persona sin su consentimiento, con fines comerciales, profesionales o publicitarios, a pesar de que la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992 insistiera en la idea de que a través de esta normativa sólo se tutelaba – o se tutelaba de forma primaria – el aspecto *espiritual* de la intimidad. LUZÓN PEÑA opina que tal delito, o bien supondría una grabación o

¹⁴²¹ CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la imagen en el anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994” en *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, 1997, p. 534-551, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 1996, p. 1190-1193; NOREÑA SALTO, José Ramón. “Libertad de información y derecho a la intimidad y propia imagen: especial referencia a determinados delitos y al proceso de menores” en *Estudios jurídicos Ministerio Fiscal*, Nº 4, 2002, p. 53-72; GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I)” en *Derecho penal español: parte especial*, (coord. Manuel Cobo del Rosal), 2005, p. 341-380; MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen...cit.*, p. 231 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Protección penal de la intimidad y derecho a la información” en *Estudios sobre el derecho a la intimidad* (coord. por Luis García San Miguel Rodríguez-Arango), 1992, p. 91.

¹⁴²² DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”... cit., p. 1190.

reproducción en definitiva no autorizada de imágenes o palabras privadas, y entonces encajaría en los tipos genéricos de los delitos contra la intimidad, o bien se considera relevante junto a esto, o lo más relevante, el atentado a la fe pública en la veracidad de documentos gráficos o sonoros que a veces resultará, y ello pertenece más bien al ámbito de las falsedades, con independencia de si hay o no problemas de encaje en la conducta típica de la falsedad documental material o ideológica¹⁴²³. Este artículo quedó redactado, con las únicas modificaciones sobre el texto inicial consistentes en adicionar “gravemente” y “sin su consentimiento” en el apartado 1 del artículo, de la siguiente manera: “1. El que atentare gravemente contra la intimidad de otra persona mediante la utilización pública de su imagen y sin su consentimiento será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2. Cuando la conducta a que se refiere el apartado anterior fuere cometida contra un menor de edad o un incapaz se impondrá al culpable la pena de multa de doce a dieciocho meses. 3. Para proceder por este delito, será necesaria denuncia de la persona agraviada. Cuando ésta sea menor de edad o incapaz, también podrá denunciar el ascendiente, representante legal o guardador, por este orden, y el Ministerio Fiscal. El perdón del ofendido o de su representante legal o guardador extingue la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código.”

En el texto aprobado por el Pleno del Senado en su sesión de 26 de octubre de 1995, no aparece tal artículo. En definitiva, ninguna mención se hace en el texto del articulado del Código Penal definitivamente aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 8 de noviembre de 1995 a los “delitos contra la propia imagen”. Quizás, como resalta LUZÓN PEÑA, el motivo para la supresión de este artículo durante el trámite parlamentario sea que, ante las digresiones doctrinales, partidarios unos de que las acciones vulneradoras de la “propia imagen” fuesen reprimidas por la vía civil y otros por la vía penal, se ha optado por soslayar la cuestión. El Código Penal, pues, descartó la figura del denominado “delito de montaje” de palabras o imágenes, al que el “pre-legislador” no ha otorgado carácter autónomo como, por ejemplo, le otorga el Código

¹⁴²³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Protección penal de la intimidad y derecho a la información”... cit., p. 91.

Penal Francés en su artículo 370¹⁴²⁴. Siguió el texto punitivo español la opinión de cierto sector de la doctrina, partidario de un tratamiento penal específico del derecho a la intimidad, a raíz de la consolidación de las nuevas y diversificadas técnicas de reproducción de la imagen física, optando en su momento por un sistema de tutela que concibe la imagen como un aspecto concreto de la intimidad en general¹⁴²⁵. CARMONA SALGADO defiende, no obstante, que si la imagen o el nombre se utilizan con fines distintos del de ofender el derecho a la intimidad, es decir, fines en cuya virtud el sujeto activo utilice esos atributos de la personalidad de la persona como valor de mercado, su tipificación y castigo deberán reconducirse al ámbito de los delitos patrimoniales, y más concretamente de defraudación, cual es el caso de la estafa, o bien a alguna de las infracciones contra la propiedad intelectual¹⁴²⁶.

El vigente Código Penal establece en el Capítulo I, del Título X, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” la figura típica *del descubrimiento y revelación de secretos* en el artículo 197. 1: “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice *artifícios técnicos* de escucha, *transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen*, o de cualquier otra señal de comunicación (supuestos de hecho o acción jurídica), será

¹⁴²⁴ La *falsificación material*, que se hace por trucos técnicos; y la *falsificación intelectual*, que es el caso de imágenes sacadas de su contexto y que inducen a juicios o conclusiones erróneas sobre la persona retratada, que ha de ser integrada en la protección jurídica de la identidad.

¹⁴²⁵ CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la imagen en el anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994”... cit., p. 544-545.

¹⁴²⁶ *Íd.*, p.548-549. En su otra obra (“Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen” en *Cuadernos de política criminal*, Nº 56, 1995, p. 426) la autora defiende que la tutela del derecho a la propia imagen operada por la Ley de 5 de mayo de 1982 protege suficientemente tal bien jurídico y considera, invocando el principio de intervención mínima penal, innecesaria una mayor protección a efectos penales. Con relación a los denominados *supuestos de oposición aparente* de la persona afectada por la grabación de su imagen, se traduce en la hipotética publicación no autorizada por parte del titular de las imágenes, cuya toma fue en cambio consentida en su momento. La solución a estos casos debe fundamentarse en la negativa de existencia de intromisión ilegítima en la intimidad o reserva de la imagen, pues hay en realidad consentimiento cuando es fingida la oposición (ficción de oposición), ya que el sujeto sabe y no evita que lo fotografíen o filmen en un determinado instante, pero es después de obtenida la publicidad deseada cuando finge no haber consentido jamás ni la grabación ni la ulterior publicación, exigiendo por todo ello la indemnización civil que considere oportuna (p. 549).

castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (pena o consecuencia jurídica)”.

Se denota que el delito descrito en el apartado 1, del artículo 197, ha pretendido plasmar los nuevos avances tecnológicos que pueden vulnerar la intimidad, así como tener presente lo dispuesto en la norma sobre la regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Se hace, pues, una enumeración *ad exemplum*, dejando abiertas las posibilidades sobre las que puede recaer la acción descrita en el tipo (el apoderamiento) que se hace con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de un tercero. Incluye también una cláusula abierta de recogida cuando habla de las posibilidades de interceptaciones de la imagen o del sonido¹⁴²⁷. Resalta GONZÁLEZ RUS que son conductas relacionadas directamente con la intimidad y los secretos, en el sentido negativo de derecho a que sea respetado por los demás el ámbito de intimidad que cada uno determina. En un adecuado razonamiento divide la figura típica en tres modalidades: 1) el apoderamiento de papeles o cartas; 2) la interceptación de comunicaciones; 3) la utilización de artificios técnicos¹⁴²⁸.

El numero 2 dispone que “las mismas penas se impondrán al que, *sin estar autorizado* (elemento subjetivo ajeno al dolo y a la culpa), se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, *datos reservados de carácter personal* o familiar de otro que se hallen registrados en *ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo* o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los

¹⁴²⁷ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”... cit., p. 1190-1191.

¹⁴²⁸ GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I)”... cit., p. 347. El autor (p. 345-346) relata que el texto al referirse indiferenciadamente a los secretos y a la intimidad, estaría sugiriendo que el contenido de unos y de la otra son distintos, lo que ha dado pie a un sector de la doctrina a entender que “secretos” son los datos, hechos o informaciones, cuyo conocimiento “merece” la protección, en atención a la significación objetiva que el conocimiento del mismo podría tener para su titular. Por el contrario, la intimidad acogería cualesquiera datos o informaciones privadas y personales, cualquiera sea su entidad objetiva, bastando para su vulneración con que el sujeto no quiera que sean conocidos por terceros. Sin embargo, he de coincidir con el mencionado autor en que la distinción resulta insensata para el ámbito penal, en la medida en que el tratamiento de los secretos y de la intimidad está equiparado, por lo que cualquier diferencia de concepto que pudiera pretenderse acaba siendo indiferente para la protección.

mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. Se halla esta conducta delictiva vinculada a la protección de datos de carácter personal. Es la tipificación del “delito informático”, para el cual se prescribe un tipo mixto alternativo, en el que basta la realización de cualquiera de las conductas descritas para el perfeccionamiento de la infracción penal¹⁴²⁹. El apartado 3 impone la pena de dos a cinco años de prisión, si se difunden, revelan o ceden a terceros *los datos o hechos* descubiertos o *las imágenes captadas* a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior. Aunque pueda imaginarse una cercanía al derecho a la propia imagen en este apartado, se ha de interpretarlo de acuerdo a lo que *se refieren los números anteriores*, los cuales imposibilitan ese modo de pensar. En efecto, se identifica en tal redacción un tipo *agravado*, consistente en la difusión, revelación o cesión de los datos o imágenes obtenidos, y un tipo *atenuado* para los cómplices o partícipes, consistente en la realización de dichas conductas, pero sin haber formado parte en su descubrimiento, aun cuando el tipo exige que quien difunde la información conozca su origen ilícito.

El numero 4 reza que si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 del artículo se realizan por las *personas encargadas o responsables* de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior. Se tratan de circunstancias agravantes al delito cometido por quien ocupa una posición de garante. Tiene en cuenta el texto legal el criterio *ratione personae* e impone una pena cualificada o agravada. El apartado cinco estipula una pena cualificada *ratione materiae* cuando prevé que “Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad

¹⁴²⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”... cit., p. 1191.

superior”. El último, el seis, tipifica una pena cualificada cuando prevé el agravante de lucro en la conducta delictiva, pues disciplina que “si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años”.

Siguiendo el texto, el artículo 198 prevé que la *autoridad o funcionario público* que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años. Se considera en esta figura típica la función administrativa estatal para establecer una pena agravante más una pena administrativa. En la misma línea, como tipos autónomos se recogen la violación de secretos ajenos conocidos por razón de oficio o relaciones laborales (art.199.1) y la violación del secreto profesional (art. 199.2). El artículo 199 establece que el que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por *razón de su oficio o sus relaciones laborales*, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. También el profesional que, con *incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva* (calidad de garante), divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

Estos delitos se relacionan, de forma evidente, con lo que dice el artículo 536, inserto en la Sección 2 (De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad) del Capítulo V (De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales) del Título XXI (Delitos Contra La Constitución) del mismo instrumento legislativo: “La autoridad, *funcionario público* o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, *incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de*

dos a seis años. Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses. Se establece en esta figura típica una sanción administrativa y su agravante.

4.5 La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En el ámbito jurisprudencial, me concentraré, conforme se ha hecho cuando he analizado los casos portugueses, en la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional¹⁴³⁰. Empero, a título de ilustración histórica, se suele indicar que la primera sentencia que cita el reconocimiento del derecho a la propia imagen fue una de la Audiencia de Zaragoza de 9 de junio de 1967. El Ayuntamiento de Zaragoza utilizó la foto de un pregonero con su traje típico para la publicidad (el cartel) de las fiestas del Pilar. El Banco Hispano Americano, con autorización del Ayuntamiento, editó una guía turística de la ciudad con la misma fotografía en la portada. El pregonero – la persona fotografiada – demandó al Banco por haber publicado su imagen sin su autorización. Dicha sentencia se fundamentó en el principio general *alterum non laedere* inserto en el artículo 1902 del Código Civil e incluyó el derecho a la propia imagen en los derechos de la personalidad. Además, aportó que dichos derechos son innatos, esenciales y que constituyen el núcleo en torno al gravitan todos los demás derechos del ser humano. Definió el derecho a la propia imagen como “el derecho a reproducir o representar la figura corpórea de determinada persona, en forma reconocible” y ponderó que “nadie sin estar debidamente autorizado puede propagar mediante ilustraciones la efigie de una persona aunque se muestre en público y el público la conozca”¹⁴³¹. No obstante, el tribunal dio una importancia decisiva al hecho de que el contenido de la fotografía no se refería a ningún aspecto de la vida privada del demandante y que la imagen fuera tomada en un lugar público. Desestimó la demanda por tres planteamientos: 1) “Por tratarse de un personaje popular y simbólico, como lo es en autos la celeberrima figura del Pregonero, que representa no el actor, sino a la tradición folklórica de Zaragoza que mantiene latente y viva no el demandante, sino el Ayuntamiento”; 2) “Por consentimiento expreso del

¹⁴³⁰ Vid.: Capítulo III, epígrafe 3.5

¹⁴³¹ “Personaje simbólico y titularidad del derecho a la imagen: sentencia de la A.T. de Zaragoza de 9 junio 1967” en *Anuario de derecho civil*, Vol. 21, Nº 1, 1968, p. 195-203.

actor a ser fotografiado por el fotógrafo municipal, como encarnación de aquel personaje, y transmisión de la obra artística al Ayuntamiento de Zaragoza, quien la aceptó, autorizando como titular legal a la entidad bancaria demandada para reproducir el personaje en cuestión” y el argumento más coherente es el de 3) “Por *no ser reconocibles* ni las facciones ni la figura del demandante, sino a la inversa, ni hay el más lejano parecido entre uno y otro para identificarlos a través del más elemental estudio comparativo”.

Registrada esta primera manifestación jurisprudencial, dedicaré mi atención a la doctrina del Tribunal Constitucional Español. Para la sistemática del examen de las sentencias que se relacionan con derecho a la propia imagen, nada más razonable que estudiar la doctrina constitucional de máximo intérprete de la Constitución partiendo de: a) la delimitación del concepto; b) la titularidad y el consentimiento; c) la autonomía y los límites.

4.5.1 La delimitación del concepto de imagen

Sentencia 170/1987, de 30 de octubre: caso “Camarero con Barba”

El caso en que resuelve esta demanda de amparo se basa en el hecho de que el demandante trabajaba desde el año 1973 como primer barman en un Hotel de Las Palmas. En octubre de 1984 decidió dejarse la barba, a lo que se opuso la citada empresa. Ante la reiterada negativa del trabajador, el Hotel le sancionó al demandante por dos veces con suspensión de empleo y sueldo y, finalmente, por carta de 12 de noviembre de 1986 le notificó el despido. El trabajador interpuso el recurso de amparo invocando como preceptos infringidos los artículos 24.1, 14 y 18.1, de la Constitución Española. La vulneración que interesa analizar es la del ya comentado artículo 18.1, objeto principal de la demanda, tanto que se solicita en el recurso que en el caso de que se desestimen las peticiones fundadas en las infracciones de los artículos 24.1 y 14 de la Constitución, que se “reponga al recurrente en el uso y disfrute del derecho a la intimidad y a la propia imagen y se anulen (las sentencias anteriores), por contrarias al art. 18.1 de la

Constitución Española.” En este sentido, alega el recurrente que sus derechos a la intimidad personal y a la propia imagen no legitimaban al empresario para darle la citada orden de afeitarse y, por tanto, no se hallaba obligado a cumplirla.

El Tribunal razona que los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, “Salvaguardan estos derechos *un espacio de intimidad personal y familiar* que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este *ámbito de la intimidad*, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la *intimidad* que garantiza este precepto. Más no es frente a invasiones de este tipo la protección que pide el recurrente en su recurso de amparo. La intromisión que denuncia, representada por la orden del empresario, trata de situarla en la esfera exclusiva de su individualidad. Dice así el recurrente: «... la decisión sobre si la estética corporal es favorecida o no por el uso de la barba, es parte integrante de la intimidad y el derecho a la propia imagen de la persona». Pero a continuación, saliendo ya del reducto de su propia decisión que nadie le discute, tiene que dar al problema su verdadera dimensión y referirse a que «la hipotética colisión entre el derecho a la libre organización productiva que la *legislación ordinaria* reconoce al empresario (art. 20 E.T.) y el contenido esencial del art. 18.1 de la C.E., lógicamente debe resolverse... a favor del segundo». Delimitado así el problema es claro que trasciende de la esfera estrictamente personal para pasar al ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que desarrolla su actividad. Y a este respecto es preciso recordar que, como dice la STC 73/1982, de 2 de diciembre, no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos «como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula». Y es desde esta perspectiva que ha de analizarse la vulneración de los derechos invocados por el recurrente. No es, por tanto, una difusión o captación ilícita de su propia imagen contraria al art. 18.1 C.E., ni tampoco la decisión personal sobre su apariencia física lo que se discute en este proceso, sino si esta decisión puede o no

limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional”.

El argumento, por tanto, para la desestimación del amparo, es que el objeto del recurso se reduciría a una cuestión legal, y no constitucional. Se discutía, en realidad, si dentro del poder de dirección de la empresa sobre el empleado estaría la potestad de exigir que el demandante se afeitara, no obstante, el TC recuerda que la Magistratura de Trabajo ya había resuelto el problema y ya había considerado legitimado el empresario para dar dicha orden (art. 20.1 del E.T.), siendo procedente el despido por el reiterado incumplimiento del trabajador (art. 50.2 b) del citado Estatuto. El trabajador también había denunciado la infracción del artículo 18.1 de la Constitución en uno de los motivos del recurso de casación interpuesto, con base en los mismos razonamientos que expone en el recurso de amparo, pero el Tribunal Supremo desestimó dicho motivo, alegando que la cuestión no desbordaría los límites de la legalidad ordinaria, que había sido correctamente aplicada. Por ello, concluye el Tribunal que “la cuestión planteada por el recurrente carece, según lo razonado en los apartados anteriores, de entidad constitucional, no pudiendo imputarse a las sentencias recurridas la vulneración, por falta de la debida protección, de los derechos fundamentales garantizados por el art. 18.1 de la Constitución que no resultan afectados ni guardan relación con la cuestión resuelta por los mismos”.

Es inevitable hacer una comparación entre esta sentencia y el *Acórdão n° 6/84, Processo n° 42/83* del Tribunal Constitucional lusitano, el caso “Cobrador com Barba”. No obstante, a diferencia de lo que se sucedió en la sentencia portuguesa, ha perdido la oportunidad el Alto Tribunal español de afirmar, de forma fehaciente, que el derecho a la propia imagen no comprende el *derecho a elegir la propia apariencia física*¹⁴³². Podía haber dado una fundamentación más elaborada sobre tal cuestión, eliminando una duda que aún se cierne sobre el objeto del derecho a la propia imagen¹⁴³³. Como se ha

¹⁴³² Vid.: Capítulo III, epígrafe 3.5.1

¹⁴³³ Sostiene AGRA VIFORCOS (Beatriz). “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo” en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, N° 275, 2006, p. 3-54) que “ha de incluirse en el

analizado en la concepción que definiendo, el objeto de protección jurídico-constitucional de la propia imagen en territorio hispánico es la facultad de excluir (negativa) la posibilidad de *representación gráfica* (la captación, la reproducción, la publicación) de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana¹⁴³⁴. La facultad que el ordenamiento jurídico puede conferir al individuo, para que él mismo decida con qué apariencia prefiere presentarse ante la sociedad, si afeitado o no, si con el pelo largo o no, lo cual estaría dentro de la autonomía privada de la persona humana en sentido amplio, y no se relaciona con el hecho de que una persona no pueda representar gráficamente las expresiones o evocaciones personales del aspecto físico externo que singularizan y tornan reconocibles la figura humana de otro individuo. No forma parte, pues, la autodeterminación de la apariencia física del derecho a la propia imagen, pues se tratan de dos facultades completamente distintas. Podría haber sido incluido este derecho a autodeterminar la apariencia física en *el libre desarrollo de la personalidad*, inserto en el artículo 10.1, de la Constitución Española.

ATC 321/1993, de 25 de Octubre: caso “Coronel Auditor”

Trata este Auto del caso de un militar que fue cesado como Director de la Comandancia General de Baleares quedando agregado a la Subinspección de Tropas de la IV Región Militar. Desde 1984 hasta el 16 de marzo de 1989 estuvo sin destino de plantilla correspondiente a su empleo de Coronel Auditor. En 1986 solicitó la vacante de Coronel Auditor para el mando de la Auditoría de Guerra de Barcelona, que fue adjudicada directamente a un Teniente Coronel. En ese tiempo se anunciaron otras vacantes de Coronel Auditor, no solicitadas, que quedaron desiertas y no se le dio destino forzoso. En 1988 se anuncian vacantes para cubrir entre jurídicos de todos los empleos para adjudicar con carácter forzoso al personal disponible, solicitando tres vacantes que existían en Barcelona que no le fueron concedidas, continuando sin prestar servicio como

concepto del derecho a la propia imagen un lado positivo de conformación libre de la apariencia física, la “semblanza individual”, como parte de uno de los “modos del ser personal”, una manifestación de la propia personalidad”.

¹⁴³⁴ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.2

Coronel Auditor hasta el momento de pase a la situación de reserva activa. Al día siguiente formuló demanda al amparo de la Ley Orgánica 1/1982 por el deterioro y perjuicio de la *imagen* profesional, formalizando la demanda y solicitando una indemnización por daño moral.

Concretamente sobre el derecho a la propia imagen el TC afirma que no existió vulneración del derecho a la propia imagen, pues, “como elemento que tiende a proteger y respetar la *privacidad*, el derecho a la imagen protege la imagen física, la captación o reproducción de sus rasgos o características externas de forma indebida o sin su consentimiento (ATC 300/1989), no incluyendo por ello la imagen pública profesional”. El Alto Tribunal español hace, aunque de forma demasiado indirecta, una demarcación del concepto del derecho a la propia imagen. Como se ha visto en este trabajo, existe consenso doctrinal en que en el lenguaje cotidiano la imagen puede adquirir dos acepciones: como la representación física y como consideración mental que causa algo en las demás personas¹⁴³⁵. No obstante, en este último sentido, la imagen es equivalente al derecho de honor, la buena o mala reputación, lo que implica excluir tal concepción del concepto del derecho a la propia imagen, para que se le confiera autonomía. La acepción de propia imagen, pese a su comprobada polisemia, no incluye cualquier mediación ficticia, de modo que el derecho a la propia imagen ha de relacionarse con la *figura humana* y no con la reputación que la persona pueda tener. Sería mejor, *data venia*, si se hubiera aclarado en esta sentencia, de forma más contundente, la distinción que se ha de hacer entre el derecho a la propia imagen y la *imagen social*, que posee un sentido vulgar.

Sentencia 81/2001, de 26 de marzo de 2001: caso “Emilio Aragón”

La sentencia del epígrafe resuelve el caso de una empresa que comercializó un desodorante para los pies mediante una campaña publicitaria consistente en la publicación, sin el consentimiento del titular, de una serie de anuncios en diversos medios de comunicación en los que, evitando reproducir el nombre y el rostro, se utiliza una representación gráfica y de expresiones popularizadas por un famoso artista español. En

¹⁴³⁵Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.2

concreto, la publicidad consistía en un dibujo hecho mediante ordenador de unas piernas cruzadas, vistiendo unos pantalones negros y calzando unas botas deportivas de color blanco, y una leyenda que decía: “La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies”. El demandante en amparo interpuso demanda incidental de protección de derechos fundamentales, por considerar que en el anuncio se utilizaba la peculiar forma de vestir que él había popularizado en un programa de televisión, así como la referencia a la canción “Me huelen los pies”, de la que sería compositor e intérprete. Estos elementos, incorporados a la publicidad, permitían identificar la imagen del actor, que habría sido explotada comercialmente por la entidad demandada sin su consentimiento. Alega el actor que en el anuncio controvertido queda plenamente identificada su figura, sin la necesidad de haber reproducido su cara o utilizar su nombre, y que al tratarse de la utilización comercial de la imagen, el objeto de protección no es la imagen en su sentido estricto, sino la identidad personal, puesto que en casos de personajes famosos no es necesario utilizar sus rasgos físicos identificadores para que esa persona pueda ser reconocida. El examen del Tribunal, por tanto, se enfocaría a determinar si la difusión del anuncio publicitario que reproducía, sin su consentimiento, la identidad del recurrente en su faceta de actor, supuso una vulneración de su derecho constitucional a la propia imagen.

El TC traza dos tesis para desestimar el recurso de amparo. La primera idea reside en excluir el objeto de la demanda del alcance constitucional en el cual el Tribunal ha de manifestarse y la segunda se concentra en rechazar que la representación gráfica que aparece en la publicidad esté comprendida en el concepto del derecho a la propia imagen. En primer lugar, el Alto Tribunal hace la ya comentada distinción existente en España entre derecho fundamental a la propia imagen y el derecho patrimonial a la propia imagen. Ése “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. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la

finalidad - informativa, comercial, científica, cultural, etc. - perseguida por quien la capta o difunde (...) 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 externas”. Sin embargo, admite el TC que el ordenamiento jurídico español - especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen - reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. No obstante, “esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE. Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de «la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma» (STC 170/1987), el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter «personalísimo», limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo”.

A partir de ello, lógicamente, el TC elude manifestarse acerca de su posible encaje en el derecho patrimonial a la propia imagen y lo distingue frente al derecho fundamental a la propia imagen. Afirma que el derecho que el actor plantea se circunscribe a la vertiente patrimonial de su imagen, pues tal constatación resulta de una interpretación literal de algunas palabras utilizadas en la demanda ante el Juzgado hasta, sobre todo, en el recurso de amparo, pues “la reivindicación del recurrente siempre ha tenido como objeto la defensa «del valor patrimonial o comercial» de la imagen indebidamente utilizada. Se habla claramente, pues, de “utilización comercial de la imagen” cuando “se denuncia, no la utilización de la imagen en el sentido literal, es decir,

la representación de los rasgos faciales de una persona por cualquier medio de reproducción, sino la apropiación y explotación comercial de su identidad”. Para corroborar tal sentido, AMAT LLARI indica que “la indemnización que solicita se deja para ejecución de Sentencia, es decir su fijación debería llevarse a cabo según criterios objetivos de beneficio obtenido por el infractor de aquél que previsiblemente hubiera exigido el actor de haberse pedido su consentimiento y no subjetivos que sólo el perjudicado puede valorar, aunque evidentemente los Tribunales pueden moderar”¹⁴³⁶. Por ello, no hay como no interpretar que la acción manejada por el actor debiera fundamentarse en la apropiación comercial de la imagen y en el deseo de participar en los beneficios obtenidos por el anunciante al lucrarse con su imagen; empero, en este caso, evidentemente, no se podía recurrir en amparo ante el Constitucional.

Hasta este punto, me parecen razonables los argumentos con los que el Alto Tribunal rechaza la pretensión del actor. No obstante, plantea el TC que “la imagen reproducida (...) se trataba de un simple dibujo en blanco y negro realizado por ordenador de unas piernas cruzadas y enfundadas en unos pantalones negros y calzadas con zapatillas deportivas blancas que, además, representaban al personaje en su faceta de actor (...) la referida representación gráfica no se refiere ni afecta al recurrente como sujeto en su dimensión personal, individual o privada, sino a lo sumo en cuanto personaje popularizado a través de sus apariciones televisivas, con lo que, como queda dicho, en ese anuncio no quedaba concernido el bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la propia imagen”. Ha recurrido, en mi opinión, el Tribunal Constitucional a un equivocado razonamiento inductivo para basar esta parte de su decisión. Es cierto que usualmente los artistas utilizan la facultad positiva que le confiere el derecho a la propia imagen para explotar comercialmente las manifestaciones concretas de este bien de la personalidad. Empero, no es cierto que *siempre* que se use la imagen de estos personajes notorios, lo que estará en juego será la ganancia mercantilista que pueda surgir de tal acto. Naturalmente, la utilización de la imagen de una persona famosa produce beneficios económicos, pero antes afecta a la vertiente personalista del derecho a la propia imagen.

¹⁴³⁶ AMAT LLARI, María Eulalia. “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad...cit., p. 459-475.

Eso porque la utilización in consentida de los rasgos físicos ajenos, en principio, entraña una absoluta intromisión en la facultad que asiste al titular de autorizar su difusión. Como ya se ha concluido, el hecho de que el uso in consentido de la propia imagen tenga fines comerciales no excluye una vulneración del derecho fundamental, al margen del perjuicio patrimonial. Lo que se ha de tutelar, en primer lugar, es la persona en sí misma considerada, independientemente si ella está o no ejerciendo su profesión. Y esta defensa del aspecto puramente moral de la persona estará presente hasta que ella se manifieste en contrario a tal presunción. El argumento de la sentencia, por tanto, ha invertido la lógica de la protección del derecho a la propia imagen, ante todo está pensado para tutelar la individualidad de la persona, siendo indistinta su opción laboral. No hacía falta tal comentario para completar la línea de razonamiento que excluye la competencia del Tribunal Constitucional, pues tal órgano ya había hecho un planteamiento *finalista* al analizar la inequívoca intención económica del actor cuando inició la demanda.

Además de estos argumentos para desestimar el amparo solicitado, el Alto Tribunal concluye que “no estamos ante la reproducción *del rostro o de los rasgos físicos* de la persona del recurrente, sino ante la *representación imaginaria* de las características externas de un personaje televisivo. La imagen del recurrente que se representa en el anuncio controvertido, como sostiene el Ministerio Fiscal, constituye una representación ajena al espacio de privacidad de su creador, a su propia imagen como individualidad y como persona y, en definitiva, a su dignidad personal. Y si bien el valor asociado a la persona de su creador por lazos jurídicos y económicos es susceptible de protección jurídica en nuestro Ordenamiento, estos vínculos no se insertan en la dimensión constitucional del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) porque no pertenecen a la esfera reservada y propia de aquél.” Sigue el TC con la misma línea anterior de negar protección constitucional al perfil artista del demandante, pero añade que no se identifica el actor en el dibujo porque no se está ante la reproducción de su *rostro* o de sus *rasgos físicos*, sino ante la *representación imaginaria* de sus características externas. Parece que el Alto Tribunal, con estas palabras, quiere decir que la imagen que se ve en los anuncios publicitarios no es la del demandante, porque no se retrata la figura física del actor, y por consiguiente, no se le reconoce.

Ahora bien, como he defendido en este trabajo, con apoyo de la mayoría de la doctrina que se ocupa de escribir sobre el asunto, aunque no se haya retratado el rostro, las facciones del actor, ello no impide que no se le reconozca. El contenido de la imagen humana no se limita a las líneas de la *facies*, pues los simples datos que proporcionan la observación demuestran la posibilidad de ser reconocida la persona por formas y detalles de otras partes del cuerpo¹⁴³⁷. Estimo acertada la opinión de CABEZUELO ARENAS¹⁴³⁸, de que “la reconocibilidad, como factor determinante para que prosperen las demandas de intromisión ilegítima en el marco de este derecho, consiste en la apreciación objetiva del parecido entre la plasmación gráfica y el físico del demandante, a pesar de que aquélla no reproduzca éste de modo *absolutamente exacto*”. Esta línea de pensamiento también ha sido seguida por AMAT LLARI, quien argumenta que en este supuesto aparecía una figura humana aunque fuera *incompleta*¹⁴³⁹. Razona, además, esta última autora que la utilización de la imagen de una persona famosa sin su consentimiento difícilmente se lleva a cabo mostrando una imagen clara de la misma que reproduzca con fidelidad sus rasgos, como puede ser la que se recoge en una fotografía. La situación más habitual es aquella en que no se utiliza la imagen de la persona directamente, sino que se sugiere que es ella la que aparece en el anuncio¹⁴⁴⁰.

No obstante estos argumentos, el criterio que he de sostener para que se configure el concepto de imagen es el de si la representación de estas evocaciones personales del actor le hacían reconocible. Por una cuestión circunstancial, no podría yo arriesgarme a ofrecer una opinión autónoma, pues no presencié ni los hechos, ni tampoco reconocería al mencionado actor si me enseñasen su fotografía. Empero, la opinión de los juristas que ya han comentado tal caso sí confirma y reconoce al demandante en la publicidad reclamada. Es importante, pues, traer a colación el voto particular dado por el magistrado

¹⁴³⁷ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.3

¹⁴³⁸ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. “STC DE 26 DE MARZO DE 2001: Derecho a la imagen. Explotación comercial de la imagen. Concepto. Ausencia de relevancia constitucional. Inexistencia de atentado contra la dignidad personal” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 57, 2001, p. 775-794.

¹⁴³⁹ AMAT LLARI, María Eulalia. “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial”... cit., p. 470.

¹⁴⁴⁰ *Íd.*, p. 468-469.

XAVIER O'CALLAGHAN, no en esta decisión sino en la del Tribunal Supremo, que defiende que “no sólo se reproducía un tipo de vestimenta que habitualmente nadie utiliza, pantalones de vestir junto a zapatillas deportivas, y que en cambio era la que utilizaba el actor en su programa en televisión, sino que, además, se citaba una frase que era el título de una canción interpretada por él y conocida en aquel momento y se hacía referencia a la persona más popular de España¹⁴⁴¹”. En este sentido, alega MARTÍNEZ ESPÍN algunas razones objetivas para la reconocibilidad del actor: a) la frase publicitaria entrecomillada en el anuncio “te huelen los pies” coincide exactamente con el título de una canción que interpretaba el actor; b) la canción estaba registrada por el actor como propia en el Registro de la Propiedad Intelectual y en la Sociedad General de autores de España, siendo que el disco que se encontraba en el mercado en el momento de la publicidad, con gran volumen de ventas; c) es irrefutable que el actor era una de las personas más populares de España; d) forma y estilo de la foto o composición que acompaña la publicidad, de enorme semejanza con la forma y modo de expresión o comportamiento artístico del demandado. Es inusual en la práctica el traje de smoking o simplemente el traje negro con el calzado de zapatillas deportivas blancas, por lo cual el dibujo que aparece en el anuncio es objetivamente idéntico a las indumentarias utilizadas por el actor¹⁴⁴².

Ante tales planteamientos todo indica que la imagen que se utilizó en el anuncio publicitario, aunque no completa, era la del actor. No obstante, al buscar el demandante, de forma confesada, la protección de la vertiente puramente mercantil de su imagen, no podía, de todos modos, prosperar el recurso de amparo.

¹⁴⁴¹ STS 60/1998 (Sala de lo Civil), de 30 de enero

¹⁴⁴² MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. “30 de enero de 1998. Apropiación comercial del derecho al nombre y a la propia imagen. Identificación indirecta de actor en anuncio publicitario” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 47, 1998, p. 705-724.

4.5.2 La titularidad y el consentimiento del derecho a la propia imagen

STC 231/1988, de 02 de diciembre: caso “Paquirri”

En este emblemático caso, el TC tuvo la oportunidad de aclarar una supuesta titularidad *post mortem* del derecho a la propia imagen. La demanda versa sobre el hecho de una empresa que realizó y comercializó, sin autorización, unas cintas de vídeo en las que se mostraban imágenes de la vida privada y profesional de un afamado torero, en especial, las imágenes de la mortal cogida que sufrió en la plaza de toros de Pozoblanco y de su posterior tratamiento médico en la enfermería de la plaza. La esposa del fallecido recurrió en amparo reclamando la protección del derecho a la intimidad y del derecho a la propia imagen.

El TC ya descarta la pertinencia de la tutela constitucional del derecho a la propia imagen en el fundamento jurídico tercero. Aduce que “Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la CE, aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la ‘dignidad de la persona’, que reconoce el art. 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario – según las pautas de nuestra cultura - para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”, por ello, “una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad...lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente”. Aclara el Alto Tribunal que “si se mantienen acciones de protección civil en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre *fuera del área de protección de los derechos fundamentales* que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo... En este aspecto, el «derecho a la imagen» que se invoca (y al que la demandante concede especial relevancia) es, en realidad, el derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida y de su eventual explotación económica, protegible,

según la Ley 1/1982 en vías civiles, y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho que 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”.

Se infiere que la postura defendida en esta investigación coincide con el planteamiento del Tribunal de que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte de la persona¹⁴⁴³. No obstante, el ordenamiento jurídico suele conferir al *halo* de la persona una protección, la cual tendrá como titulares a quienes establezca la legislación sobre al asunto. Anteriormente ya he abogado que no se confunden el derecho a la propia imagen, como derecho de la personalidad en cuanto tal, y el ejercicio de las acciones de protección. No se transmite *mortis causa* el derecho a la propia imagen, sino que lo que se constata es que el orden jurídico crea un medio de tutela para la memoria del fallecido. El Derecho considera que, tras su muerte, subsiste, ya no el derecho subjetivo de la personalidad, sí un bien jurídico digno de protección. Fallecida la persona, queda al halo de la memoria de la persona, y la protección de esta última justifica la concesión a ciertos sujetos de una especial legitimación *post mortem* para el ejercicio de las acciones que, si estuviera vivo, corresponderían al titular del derecho. Sin embargo, lo que pondera el Alto Tribunal es que este bien jurídico conformado por el ordenamiento jurídico, que tiene por fin proteger la memoria del *de cuius*, aunque no se destine exclusivamente a tutelar los beneficios patrimoniales de la imagen del fallecido, no es un derecho fundamental y ha de restringirse su reclamación exclusivamente al ámbito civil. Por consiguiente, por tal bien jurídico no tener esta relevancia constitucional, no podría ser objeto del recurso de amparo.

No obstante, al final, después hacer una delimitación de lo que significa la intimidad familiar, se reconoce el derecho de la recurrente a su intimidad personal y familiar basado en el razonamiento de si “lo que conduce a plantearse si esas imágenes no constituirán, así, escenas que pertenecen al conocimiento público, fuera por tanto de la

¹⁴⁴³ Vid.: Capítulo I, epígrafe 1.6.2.2 y Capítulo II, epígrafe 2.4

esfera de la intimidad. La respuesta que ha de darse a este interrogante es negativa. La emisión, durante unos momentos, de unas imágenes que se consideraron noticiables y objeto de interés no puede representar (independientemente del enjuiciamiento que ello merezca) que se conviertan en públicas y que quede legitimada (con continua incidencia en el ámbito de intimidad de la recurrente) la permanente puesta a disposición del público de esas imágenes mediante su grabación en una cinta de vídeo que hace posible la reproducción en cualquier momento, y ante cualquier audiencia, de las escenas de la enfermería y de la mortal herida del señor Rivera. Resulta pues irrelevante que esas imágenes procedieran de la realidad o de una emisión de televisión, pues no se juzga aquí la información dada en su momento por Televisión Española, sino la difusión de esas imágenes por «Prographic, Sociedad Anónima», difusión que se produjo con entidad propia, y sin relación con el origen de la grabación por vídeo ni con las informaciones que en su momento se produjeron”. Se confirma que la empresa utilizó las imágenes como instrumento para ofender la intimidad personal y familiar de la esposa del fallecido torero.

ATC 300/1989, de 05 de Junio: caso “Club La Mola”

Los hechos que han resultado de mayor interés en este proceso revelan que el 1 de agosto de 1985, en las instalaciones del Club La Mola, sito en Andraitx, el demandante señor Hernández de León, redactor gráfico de la Agencia EFE, realizó varias fotografías a doña María Elena Bestard Cid, quien se hallaba en «top-less». Una de las fotografías se publicó, sin autorización expresa de la señora Bestard, en la página 18 del diario de Palma de Mallorca, que acompañó el siguiente texto: «La bella danesa Abe Nilsson secándose el cabello después de tomar un baño en las cristalinas aguas de Camp de Mar.» Presentada demanda por la señora Bestard en primera instancia contra la Agencia EFE, el señor Hernández de León y el diario en defensa de su derecho fundamental a la propia imagen, acudieron, posteriormente, los demandados ante TC, en solicitud de amparo del ejercicio de su derecho fundamental a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, reconocido en el art. 20.1 d) del texto constitucional, planteando la vulneración de aquel derecho en su opinión producida por la condena

judicial de que fueron objeto como autores de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la mencionada persona, intromisión que los actores estimaban inexistente en función del consentimiento que se les habría otorgado en orden a la captación fotográfica y publicación periodística de su efigie.

El tema de fondo del debate se centraría en el *consentimiento* prestado por la demandada “porque la autorización de referencia excluye la idea misma de intromisión, la existencia de la cual no será de apreciación, a tenor de lo establecido en el art. 2.2 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, y entre otros supuestos, «cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso»”. No obstante, la tarea del Tribunal se resumiría a evaluar “el rechazo por el juzgador a extraer del hecho del consentimiento prestado para la captación fotográfica la consecuencia de entender englobada en el mismo la autorización para publicar las imágenes captadas”, esto es, examinar “la tesis judicial acerca del alcance del consentimiento otorgado para captar”.

En este sentido, el Tribunal señala que los actores fueron condenados por actuar en disconformidad al art. 7.5 de la LOPHIPI y resalta que “No requiere esfuerzo especial alguno advertir que el legislador emplea las palabras «captación», «reproducción» y «publicación» para aludir a hechos diferentes, pues cada uno de esos sustantivos tiene un significado autónomo y de ninguna manera cabe considerarlos sinónimos. Mas no es ésta únicamente la cuestión, porque, aun tratándose de conceptos distintos, resulta asimismo evidente que entre ellos media una relación secuencial de producción, en el sentido de que el momento de la captación es lógicamente anterior a los momentos de la reproducción y de la publicación”. Sin embargo, se concluye que “no cabe que este Tribunal entre a revisar los hechos probados por la Audiencia, que apreció que *hubo consentimiento* para la *captación* de fotografías, pero *no para su publicación posterior*. Tal apreciación *aparece razonablemente fundada*, sin atisbos de que resultase arbitraria o palmariamente incorrecta, sin que nos corresponda, en consecuencia sustituir al juzgador ordinario en la fijación de los hechos del caso”.

Como se infiere el caso retrata un supuesto de consentimiento *tolerante*, meramente integrador, que no crea o tampoco constituye cualquier derecho para el agente, pues la titular se obliga a un mero *pacti* no jurídicamente exigible y sin más trascendencias. A pesar de no entrar en el *meritum causae*, hace el Tribunal esta relevante y adecuada distinción de los núcleos verbales que componen el derecho a la propia imagen español: captación, reproducción, publicación. Entre ellos, como dice la sentencia, no existe una comunión sustantiva, al revés, son independientes y han de ser considerados desde una perspectiva secuencial. De esta ponderación, también se ha de interpretar que el Tribunal coincide con la opinión de la interpretación *restrictiva* cuando se analiza el consentimiento para el uso de la imagen de una persona. Si la demandada había sólo autorizado la primera (o las dos primeras) acción del aludido apartado quinto, ello no implicaría que, igualmente, se estaría autorizando la publicación de las fotografías.

STC 117/1994, de 25 de abril: caso Ana Obregón

El hecho en el cual se basa esta sentencia es que la demandante reconoció, mediante documento privado fechado en Roma el 28 de enero de 1985, gratuitamente, al fotógrafo italiano MC “el pleno derecho de *distribuir* en todo el mundo, con *finis periodísticos*” una serie de fotografías obtenidas los días 24, 25 y 26 del aludido mes y año, por ella misma seleccionadas y aprobadas. El 13 de marzo de 1985 se publicaron algunas de esas fotografías en la revista *Interviú*. Mediante contrato de 10 de septiembre de 1986, el citado fotógrafo cedió a «Editorial Origen, S.A.», editora de la revista «Play Boy España», los derechos de *reproducción* del reportaje fotográfico para su *publicación* en un sólo número de la citada revista, percibiendo por ello una cantidad significativa de dinero. Por medio de requerimiento notarial de 22 de octubre de 1986, la recurrente de amparo comunicó a «Editorial Origen, S.A.», su total oposición a la *publicación* o *cesión* a terceros de las referidas fotografías. Dicho requerimiento fue recibido por «Editorial Origen, S.A.», «veinte días antes de la tirada del ejemplar» - según se hace constar en la posterior Sentencia de primera instancia (fundamento jurídico 3.) - «cuando estaba ya compuesta la revista, en fase avanzada de impresión y posterior distribución». Asimismo,

y con fecha de 7 de noviembre de 1986, la demandante envió otro requerimiento notarial en el mismo sentido al fotógrafo Cattarinich, quien lo recibió días después de publicadas las fotografías. Ello no obstante, la revista «Play Boy España» publicó las fotografías en su número de noviembre de 1986, presentando la recurrente demanda ante el Juzgado de Primera Instancia al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, por intromisión ilegítima en el honor, la intimidad y la propia imagen.

Se plantea en la demanda, por tanto, el alcance y los efectos de la revocación del consentimiento legitimador de la intromisión en el ámbito protegido por la LOPHIPI, pues “A juicio de la demandante, de los términos en los que el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982 regula el régimen de dicha revocación sólo cabe concluir que la misma puede producirse en todo momento, cualquiera que sea el grado de desarrollo de la intromisión inicialmente autorizada y sin que sea necesario alegar la concurrencia de justa causa o de un interés atendible, de manera que las Sentencias impugnadas, en la medida en que han analizado la cuestión desde la sola perspectiva del tercero adquirente de buena fe y del perjuicio que le habría supuesto el atender a su requerimiento revocatorio, han limitado indebidamente los derechos de la actora incurriendo en infracción de los arts. 18.1, 20.4 y 24.1 de la Constitución”.

El TC razona que el derecho a la propia imagen “forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la *imagen física, la voz o el nombre*, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el *ámbito de la intimidad* y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz. El *derecho a la intimidad* limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada, intervención que en el derecho que ahora nos ocupa puede manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la imagen y sus manifestaciones como de la

difusión o divulgación posterior de lo captado. Sin perjuicio de las salvedades que puedan tener lugar en relación con las imágenes captadas en público, especialmente las de personajes públicos o de notoriedad profesional cuando aquellos derechos colisionen con los del art. 20.1 d) y 4 CE, puesto que el relativo a la imagen forma parte de aquéllos, éste es *irrenunciable en su núcleo esencial* y por ello aunque se permita autorizar su captación o divulgación será *siempre* con carácter *revocable*".

Es irrefutable inferir que la doctrina del Tribunal Constitucional todavía incluía el derecho a la propia imagen en el derecho a la intimidad, confusión que, como se verificará, se deshará en posteriores sentencias. Aunque equivocada esta subsunción, es importante notar la posibilidad de inclusión por el TC de otros bienes de la personalidad, además de la imagen, en "la libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos", como la *identidad*, el *nombre* y la *voz*, diferenciando y justificando tal hecho por la actuación del cuerpo y las cualidades de la persona. Se ha de hacer notar que algunos de los argumentos aludidos poseen una congruente identidad con lo defendido en este trabajo, sobre la esencialidad e irrenunciabilidad del derecho a la propia imagen, características que explican la *revocabilidad* del consentimiento para su uso¹⁴⁴⁴.

Tras esta introducción definitoria, admite el Alto Tribunal la posibilidad de la conversión de la imagen en un valor autónomo de contenido patrimonial, mediante el consentimiento del titular, 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". Empero, se afirma en la sentencia 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*. Mas, en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los *efectos* de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la L.O. 1/1982 como absoluta) *deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio*". Concretamente sobre el caso, el TC

¹⁴⁴⁴ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.9.1

plantea que “pese a que en la instancia la hoy recurrente pretendió ponerlo en duda, no se cuestiona la existencia de su inicial consentimiento (por otra parte acreditado) para la difusión -con fines «periodísticos» o de promoción profesional - de las fotografías cuya publicación ha dado lugar al proceso judicial. Lo que se ha discutido es, en primer término, si dicho consentimiento fue objeto de una verdadera revocación y, en caso afirmativo, si sus efectos debieron ser inmediatos frente a la editorial demandada. Consecuencia en la cual habrá de influir el hecho de que la autorización inicial tuvo por objeto un uso de las fotografías cedido mediante contraprestación, pues aunque la actora no hubiera percibido un precio por su captación ni por su posterior publicación, sí pretendía un beneficio material propio, como era el de su promoción profesional mediante la difusión de aquéllas”. Pondera, de forma adecuada, el Alto Tribunal que el “ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia, dejando sin efecto la autorización que es una facultad excepcional otorgada”.

Ahora bien, el primer punto sobre el que he de razonar es el consentimiento dado por la actora, quien, gratuitamente, reconoció al fotógrafo italiano “el pleno derecho de distribuir en todo el mundo, con fines periodísticos” las fotografías por ella misma seleccionadas y aprobadas. Siendo congruente con lo que he defendido en esta investigación, y coincidiendo con la línea argumental del ATC 300/1989, se ha de proceder a una interpretación *restrictiva* en el estudio del consentimiento para el uso de las manifestaciones de la propia imagen. Se infiere, *ab initio*, que se trata de un consentimiento *expreso* y *autorizante*, que posee un carácter constitutivo, pues envuelve una celebración de un compromiso jurídico. Se podría, igualmente, afirmar que, por la propia naturaleza de derecho de la personalidad, era *intuitu personae* la autorización dada por la recurrente para que únicamente aquél determinado fotógrafo distribuyese sus imágenes. En este sentido, PLANA ARNALDOS hace un interesante paralelo entre este caso y lo que dispone la redacción de los artículos 49 y 50 de la Ley de Propiedad

Intelectual de España¹⁴⁴⁵. El artículo 50 establece la *intransmisibilidad* del derecho del cesionario no exclusivo; mientras que en relación al cesionario exclusivo el artículo 49 reconoce la posibilidad de cesión, pero siempre con el consentimiento *expreso* del cedente. Sin embargo, las expresiones que conforman la autorización dejan un amplio margen de actuación para el autorizado. La gratuidad del consentimiento, como queda bien indicado en la sentencia, no implica que la actora no hubiera percibido un beneficio indirecto por el uso de su imagen, pues su intención era, indubitablemente, de promoción profesional mediante la difusión de aquéllas fotografías. Se podía, por ejemplo, cuestionar si estaría comprendida la posibilidad de *publicar* tales fotografías en el verbo *distribuir*, definido por la Real Academia Española como “1. Dividir algo *entre varias personas*, designando lo que a cada una corresponde, *según voluntad, conveniencia, regla o derecho*, 2. Dar a algo su oportuna colocación o el *destino conveniente*; 3. Entregar una mercancía a los vendedores y *consumidores* y 4. Deshacer los moldes, repartiendo las letras en los cajetines respectivos”. Empero, el núcleo verbal “distribuir” viene acompañado del adjetivo “pleno”, el cual confiere una enorme amplitud para el otorgado. Teniendo este aspecto en cuenta, y además de la constatación de que en las definiciones que se han visto de la palabra “distribuir” dos de ellas suponen también un alto margen de subjetividad (voluntad, conveniencia), no me parece inadecuada la inclusión de la palabra “publicar” en las facultades otorgadas al fotógrafo.

En este contexto, la otra expresión que forma parte de la autorización (“mundo entero”) supone, por supuesto, la ausencia de límite espacial. Abre una posibilidad ilimitada de difusión de las imágenes elegidas y aprobadas por la demandante. No se determina las modalidades de reproducción y publicación que se consienten (periódicos, revistas, televisión, vídeo...), pero el texto de la autorización deja muy abierto el límite para tales procedimientos. Respecto a los “fines periodísticos” del uso de las imágenes que configuran la *finalidad* del permiso, la cual, como he concluido, vincula el alcance del consentimiento, hay que coincidir con la lógica alegación del Tribunal Constitucional cuando sostiene que “si la demandante consintió en su momento para que las fotografías

¹⁴⁴⁵ PLANA ARNALDOS (María Carmen. “Revocación del consentimiento prestado para la utilización de la propia imagen: (sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 1994)” en *Anales de derecho*, N° 12, 2, 1994, p. 299-332.

se publicaran, había de suponer dada su naturaleza que - sin ningún género de dudas - su publicación sólo podía realizarse en revistas como la encausada”. Este hecho se refuerza ante la omisión de la autora por la anterior publicación en la revista *Interviú*.

Ya centrando el enfoque en la revocación, se argumenta que “frente al señor Cattarinich la revocación no podía producir ya otro efecto que el de desautorizarle para realizar nuevas operaciones contractuales con las fotografías. Pero, frente a la editorial demandada, también había de producir el de impedirle publicar las fotografías en el futuro. La duda acerca de si la publicación que ya estaba en marcha podía considerarse un evento futuro o un suceso pretérito o, cuando menos, simultáneo, inaccesible a las consecuencias inmediatas del consentimiento revocado, ha sido la cuestión resuelta por las Sentencias recurridas (...) La dicción literal del art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982 deja fuera de toda duda que la revocación puede producirse «en cualquier momento», prescripción que se refiere al momento de ejercicio de aquélla pero no siempre al tiempo de sus efectos ni por tanto autoriza para que éstos se apliquen a situaciones pretéritas, trocando retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes consentidas. Por otra parte, cuando existe una autorización contractual que atribuyó a la imagen un valor patrimonial poniéndola en el comercio, los efectos de la revocación, ya se dirija a la persona primitivamente autorizada ya a terceros que de ella traen causa, habrá de tener en cuenta (como antes decimos) los condicionamientos o requisitos que resulten de las relaciones contractuales existentes. Cuando menos, como se desprende de la regulación legal, habrá de acreditar algunas circunstancias como la de proceder del propio titular del derecho, expresar de modo concreto e indubitado la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por la persona o personas a quienes se dirige (incluso publicación en caso necesario), tener lugar en momento en el que todavía el derecho cedido pueda ejercerse, no atribuirle con carácter retroactivo (o sea invalidatorio de los efectos ya producidos) y, por último, mediante la indemnización de los daños y perjuicios; requisito este último que en muchos casos no podrá relegarse íntegramente al futuro sino que habrá de influir en el modo, tiempo y circunstancias de la revocación, particularmente en cuanto a la garantía de las indemnizaciones procedentes”.

El hilo conductor de la teoría de la revocación establecido en la sentencia ha sido utilizado como ejemplo para disertar sobre este aspecto en esta tesis. Por supuesto, el titular no puede usar la revocación de modo arbitrario, desmotivado e irrazonable, resultando en una desvinculación ajena a los intereses que están subyacentes a esa facultad. Por ello, fueron declarados como *ex nunc* los efectos de la revocación. Seguramente, el derecho de la personalidad prevalece sobre los derechos patrimoniales creados y la revocación del consentimiento prestado para el uso de la imagen es parte integrante del derecho fundamental a la imagen; sin embargo, no puede desplegar sus efectos sino a partir de la emisión de la revocación. En consecuencia, cuando ésta se produce en el seno de unas relaciones contractuales, queda limitada la inmediatez de sus efectos, en el caso de que haya dado ya comienzo un proceso de divulgación. Y como se ha constatado en las instancias inferiores “la publicación no era un acontecimiento singular e instantáneo, sino un proceso integrado por una pluralidad de fases sucesivas, de las cuales algunas de las más importantes ya se habían producido *con anterioridad a la revocación y a su conocimiento por la editora* y otras se hallaban en muy avanzado estado de ejecución, de modo que la sustracción de las imágenes del mundo comercial había de adecuarse a una situación de urgencia derivada de las anteriores relaciones contractuales; lo cual, por otra parte, no determinaba en el derecho a la imagen de la recurrente una intromisión diferente de la que ya derivaba de su primitiva autorización. Dichas Sentencias, pues, han considerado que se trataba de un acontecimiento que - por su contenido plural y sucesivo - había que tenerse por prácticamente concluido cuando la revocación se produjo. Los Tribunales civiles otorgaron, pues, relevancia decisiva a la cesión contractual de las imágenes en relación con el momento de la eficacia de la revocación y, sin duda, la prevención del necesario resarcimiento de daños y perjuicios dada la inminencia de una publicación costosa que se estimaba ya en marcha. Apreciación que debe reputarse razonada y razonable según se desprende de sus fundamentos; pero además, según la ponderación constitucional que a este Tribunal compete en orden a sus efectos sobre el derecho fundamental invocado, no puede estimarse contraria al mismo ni se opone a los razonables efectos de la revocación de la autorización prestada, máxime si se tiene en cuenta la ya referida falta de ofrecimiento de garantía de resarcimiento económico por quien revoca el consentimiento”.

Por todo este coherente razonamiento, estimo razonable que se haya desestimado el amparo solicitado por la actora.

4.5.3 La autonomía y los límites del derecho a la propia imagen

STC 132/1995, de 11 de septiembre: caso “Magistrado de Barcelona”

Los hechos de los que trae causa el recurso ante el Tribunal Constitucional son los siguientes: en 1983 se inició contra el recurrente - entonces Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona - un procedimiento penal por delito de cohecho que concluyó con Sentencia condenatoria. Durante la tramitación del procedimiento, un periódico publicó varios artículos en los que, a juicio del actor, se atentaba gravemente contra su derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, pues en uno de ellos (correspondiente al núm. del 28 de mayo de 1983) se afirmaba, entre otras cosas, que el caso que era objeto del proceso penal «se complica con prostitución, tráfico de drogas y divisas» y, bajo el subtítulo «Madama de Lujo», se afirmaba que «mantiene relaciones con su empleada... ambos se citaban en un apartamento de la calle del Barre, 38,... propiedad de... implicada en negocios de prostitución», así como que «... nuevos delitos se suman al dossier» y que «la amistad entre la Madama y el Magistrado viene de antiguo, y el Magistrado ha utilizado a la dama para el tráfico de divisas y piedras preciosas». De otro lado, en julio de 1984 se publicó, sin su autorización, una fotografía del recurrente en una fiesta privada, obtenida con engaño y con la única intención de mofarse, como se deduce del pie que la acompaña. El actor interpuso demanda contra la empresa editora del diario y otras personas por ofensa al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

El Alto Tribunal en el fundamento jurídico cuarto indica que “parece indubitado que lo publicado se limita a exponer hechos relativos a la conducta y carácter de un Magistrado envuelto en un determinado procedimiento penal, y no, más ampliamente, a expresar pensamientos, ideas u opiniones de los demandados en el proceso civil”. Eso

porque “Que un Magistrado, titular de un poder del Estado y que se ve sometido a enjuiciamiento penal - y con posterioridad condenado - por delito cometido en el ejercicio de su función como tal, es personaje público a efectos de ponderar este dato en un supuesto de colisión entre los derechos a la información y al honor, no parece dudoso; que poseen indudable *interés público* las circunstancias que rodean los graves hechos que dieron lugar a ese enjuiciamiento, tampoco; y que la información aparecida en el medio de comunicación social demandado es veraz, en el sentido de *diligente búsqueda de la realidad informada* y de un *serio esfuerzo informativo* -en este caso compartido con otros varios medios de comunicación-, aparece igualmente claro en el fundamento de Derecho 5º de la Sentencia del Tribunal Supremo. Todo ello evidencia que la resolución impugnada utilizó en su juicio ponderativo las circunstancias que este Tribunal tiene reiteradamente establecidas, de modo que el resultado de ese juicio es plenamente concorde con el valor preponderante que, precisamente porque se reúnen estas circunstancias, debe predicarse aquí de la libertad de información. El que parte de las informaciones publicadas se refieran a extremos ajenos al procedimiento penal seguido contra el aquí recurrente y que tampoco puedan estimarse como absolutamente ciertas, no es obstáculo a que queden amparadas por la libertad de información cuando, como aquí ocurre, afectan a *personalidad pública*, en asunto de *público interés*, y, como afirma el Tribunal Supremo, han sido obtenidas por el medio de comunicación usando las *fuentes informativas a su alcance* y reuniendo las *condiciones necesarias* para poder ser estimadas como *veraces*, siguiendo así la doctrina de este mismo Tribunal”. Reitera, pues, el intérprete máximo de la Constitución Española la doctrina de la relevancia pública y veracidad de los hechos que orienta sus decisiones cuando están en conflicto el derecho al honor y la libertad de información.

En el mismo sentido, el Tribunal pondera que “no mejor suerte merece la alegación del recurrente relativa a la supuesta lesión de su derecho a la propia imagen que se derivaría de la publicación el 10 de julio de 1984, de una fotografía en la que se le observa en compañía de otro Magistrado - también objeto de enjuiciamiento penal por los mismos hechos que el hoy recurrente -, con ocasión de una reunión privada, y sin que diera en absoluto su consentimiento a la difusión pública de la misma”. Eso porque “No

parece que la referida fotografía pueda desvincularse de la totalidad de la información, entre cuyos propósitos no es ilógico deducir que se encontraba el de transmitir -e incluso acentuar- la estrecha amistad existente entre los dos Magistrados sujetos a procesamiento por un mismo comportamiento delictivo, amistad, o estrecha relación si se prefiere, que no es descabellado colegir que resultaba altamente favorecedora, por lo menos, de los hechos que dieron lugar al procesamiento de ambos. La imagen difundida - que se toma de otro medio de comunicación, por lo que la posible irregularidad de su captación le sería imputable a este otro medio -, es por lo demás altamente inocua, sin que se advierta intención insultante o propósito de mofa, ni en ella ni en el breve texto que le sirve de pie... no puede ser objeto de juicio diferenciado del que en general merecen los datos puestos en conocimiento público por el medio de comunicación codemandado en el proceso civil: información referida a persona pública, en asunto de evidente interés general y veraz. Otra cosa sería tanto como afirmar que sólo la libertad de comunicar información por medio de palabras - escritas u oralmente vertidas - se encuentra constitucionalmente protegida, o al menos, que la libertad de información escrita posee un régimen distinto y privilegiado a la que se comunica por medio de la imagen gráfica. No es por ello procedente que demos a la publicación de la fotografía un tratamiento distinto al que merece el conjunto de la información, ni que reiteremos la razón de que, inscribiéndose en el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de información, ésta deba prevalecer, en el caso, también sobre el derecho a la propia imagen del recurrente.”

En efecto, corrobora con estas palabras el Alto Tribunal el poder de información que progresivamente ha conquistado la imagen y que, por ello, razonando de forma coherente, no puede tener esta figura un trato diferenciado, cuando la información es veraz y está vinculada a un asunto de evidente interés público. Estas vías argumentativas van a coincidir con lo que he planteado sobre la licitud del uso de imágenes en el contexto de la libertad de información, con apoyo no sólo en el criterio *ratione materiae* como también en el *ratione personae*. No obstante, la utilización de las fotos ha sido: 1) idónea para ilustrar el reportaje, pues los hechos que se retrataron además de veraces, estaban *objetiva* y lógicamente vinculados a la persona del demandante; 2) era necesaria

la utilización de la foto, ya que la propia *función* dentro del *Estado* y las *graves acusaciones criminales* que se estaban haciendo sobre la *persona* del recurrente satisfacían este juicio de necesidad; 3) la utilización de la fotografía ha sido proporcional, pues, por todos los *hechos* y *circunstancias* que rodeaban al demandante, el sacrificio del conocimiento de su figura por la sociedad no implicaría una medida exagerada o demasiado penosa al punto de verse, de forma no proporcional, afectando el contenido esencial de protección de su derecho a la propia imagen.

STC 156/2001, de 02 de Julio: Imagen e intimidad: caso “Integrante de la secta CEIS”

Los hechos de la demanda traen causa de la publicación por una revista de un reportaje titulado “Sexo y negocios en nombre de Dios” que llevaba como subtítulo “Barcelona: la Secta Ceis y Niños de Dios acusadas de prostitución y corrupción de menores”. Este artículo se ilustraba con dos fotografías de la recurrente en amparo, una de tamaño de una página y otra de tamaño aún mayor, en las que aparece desnuda y dos reproducciones de manuscritos que se atribuían también a demandante. Tales manuscritos iban acompañados del siguiente pie: “A la izquierda, reproducción y transcripción del diario íntimo de Leni Riera y junto a estas líneas los datos manuscritos facilitados por ella misma, su disponibilidad, características físicas y condiciones”. Además el primero de estos manuscritos iba encabezado del titular “Diario íntimo de una prostituta de CEIS”. La actora de la demanda alega que hubo una vulneración de su derecho al honor, pues considera que, en lo que a ella se refiere, la revista no ha demostrado la veracidad del texto publicado. De igual modo sostiene que, al haberse difundido fotografías suyas desnuda y haberle atribuido la autoría de unos manuscritos de carácter estrictamente privado e íntimo, se han vulnerado también sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

El TC razona que “para abordar tal cuestión debe recordarse que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen *son derechos autónomos* (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2). De este modo, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la

vulneración de los demás”. En este sentido, se resalta que se “tiene declarado que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, consagrados en el art. 18.1 de la Constitución, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la *protección del patrimonio moral* de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico”. No obstante, se pondera que “a partir del análisis del derecho a la propia imagen, aunque el ámbito específico de este derecho sea la protección frente a las reproducciones gráficas de una persona que no lesionen ni su derecho al honor ni su derecho a la intimidad, no cabe descartar la vulneración de aquel derecho en los casos en los que la difusión de una imagen pueda estimarse al mismo tiempo contraria al buen nombre o a la propia estima o a la intimidad. El carácter autónomo de los derechos del art. 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional. La especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente”.

La declaración formal por parte del TC de que existen nítidas diferencias entre el contenido de tales derechos corrobora, como se ha visto, el consenso doctrinal que ya planteaba esta idea. Empero, es conveniente destacar dos puntos en esta argumentación. No obstante la gran relevancia de esta confirmación del máximo intérprete de la Constitución Española, *data venia*, entiendo que sería más coherente, y de mayor rigor

técnico, si tal órgano no utilizase la expresión *patrimonio moral* para indicar la confluencia de objetivos que asientan los tres bienes constitucionales; honor, intimidad y propia imagen. Como se ha defendido en este estudio, el uso de la metáfora “patrimonio” denota poca precisión teórica, no tiene un contenido conceptual determinado, pues puede ser aplicada a cualquier derecho de la personalidad, y el argumento más contundente para abdicar el uso de tal expresión es que no se debe buscar paralelos en los derechos patrimoniales para justificar los derechos de la personalidad¹⁴⁴⁶. La propia expresión *patrimonio moral* incita una idea económica de moral, la cual, efectivamente, no existe y no puede existir.

El otro enfoque que he de matizar es sobre algunos aspectos procesales de la demanda que afectan directamente su objeto. Consta en la sentencia que la demandante se había aquietado ante la decisión dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual estimó vulnerado únicamente su derecho a propia la imagen, no considerando ofendidos ni su derecho al honor ni su derecho a la intimidad. Por ello, el Ministerio Fiscal sostuvo que la recurrente en amparo al no recurrir en casación esta resolución judicial, no había agotado debidamente la vía judicial y, en consecuencia, respecto a las vulneraciones al honor y a la intimidad concurriría la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 44.1 a) LOTC. El Tribunal Constitucional, pues, acepta la causa de inadmisibilidad con relación al honor, pero rechaza tal supuesto cuando se refiere al derecho a la intimidad, porque “la Sentencia recaída en el recurso de apelación sólo declaró expresamente vulnerado el derecho a la propia imagen, esta declaración se fundamentó en que las fotografías mostraban primeros planos, no sólo de la cara, sino también del cuerpo desnudo de la recurrente, con lo que atendiendo a los términos de la resolución judicial, cabe concluir que lo que en ella explícitamente se califica como vulneración del derecho a la propia imagen, en rigor, incluye también el reconocimiento implícito de una lesión del derecho a la intimidad”. Concluye este razonamiento cuando sustenta que “bajo el *nomen iuris* de derecho a la propia imagen en realidad se está haciendo referencia también al derecho a la intimidad. Por ello, siguiendo la consolidada doctrina de este Tribunal conforme a la cual lo relevante no es tanto el *nomen iuris* cuanto el contenido material, cabe considerar

¹⁴⁴⁶ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.5

que la recurrente, respecto del reportaje fotográfico, agotó la vía en relación con la vulneración del derecho a la intimidad”.

Como ya se ha visto, no es novedosa la alegación de la subsunción de un derecho por otro, empero, lo que es común, en esta vinculación que usualmente se hace, es la subsunción del derecho a la propia imagen por el derecho a la intimidad¹⁴⁴⁷. Aquí el TC hizo el camino inverso: ha englobado la intimidad en la propia imagen. Tras hacer esta unión entre estos dos bienes de la personalidad, se afirma que “a los efectos que aquí interesan, que mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada”. Aparte de esta acertada explicación de la independencia de los dos derechos, resulta incongruente, por supuesto, la admisión por parte del Tribunal de la discusión sobre el derecho a la intimidad. El TC debería circunscribirse a analizar, como defiende el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas en su voto particular, sólo la ofensa al derecho a la propia imagen. Sostiene el aludido juez constitucional que en este aspecto la sentencia adolece de una cierta incoherencia, cuando, al analizar en su fundamento jurídico 2 la causa de inadmisibilidad alegada por el Ministerio Fiscal, la acepta respecto a la alegada vulneración del derecho al honor, y no hace lo propio respecto a la alegación del derecho a la intimidad, montando luego el eje del discurso en la vulneración de este derecho, hasta el punto de llegar a considerar a la postre la vulneración del derecho a la imagen casi como una mera consecuencia de la primera. En este sentido, la línea argumental del TC admite, pues, la existencia de una vulneración a la intimidad de la demandante en este caso porque “es

¹⁴⁴⁷ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.7

doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la personalidad, que deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce, e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente la acción y el conocimiento de los demás”. Se sostiene que “este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado frente al conocimiento y la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida¹⁴⁴⁸. Conviene señalar también que dentro del ámbito del derecho a la intimidad personal hay que incluir el *derecho a la intimidad corporal*¹⁴⁴⁹, quedando de este modo protegido por el Ordenamiento *el sentimiento de pudor personal* en tanto responda a *estimaciones y criterios arraigados en la cultura* de la propia comunidad¹⁴⁵⁰. No obstante, como señalamos en la STC 57/1994, FJ 5, el ámbito de la intimidad corporal que la Constitución protege «no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal; de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona»”.

Recuerda el TC que el derecho fundamental a la intimidad no es absoluto, sino que se encuentra delimitado por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos¹⁴⁵¹, y por ello en aquellos casos en los que, a pesar de producirse una intromisión en la intimidad, tal intromisión se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y se lleve a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por este derecho, no podrá considerarse ilegítima¹⁴⁵². Concluye que “al haberse publicado *sin el consentimiento* de la recurrente fotografías en las que aparece

¹⁴⁴⁸ Por todas STC 115/2000, de 15 de mayo, FJ 4

¹⁴⁴⁹ SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; 204/2000 de 24 de julio, FJ 4

¹⁴⁵⁰ STC 57/1994, FJ 5

¹⁴⁵¹ STC 115/2000, FJ 4, por todas.

¹⁴⁵² En el mismo sentido SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5

desnuda y *tratarse de fotografías que fueron captadas en un ámbito privado* — lo que permite deducir su interés en no mostrar al público partes íntimas de su cuerpo—, debemos apreciar la existencia de una intromisión en su derecho a la intimidad que no puede considerarse legítima. Ni la circunstancia de pertenecer a una secta que fomenta la promiscuidad sexual de sus miembros conlleva que la demandante de amparo haya perdido el poder de reserva sobre partes íntimas de su cuerpo, ni tampoco puede considerarse en este caso que la referida intromisión pueda ampararse en la existencia de un bien o derecho fundamental merecedor de mayor protección: no la merece el alegado derecho a comunicar información, ya que, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, resulta claro que carece de interés público digno de protección la difusión de las fotografías en las que aparece el cuerpo desnudo de la recurrente”.

De inicio, es oportuno de destacar que la concepción de intimidad plasmada en la sentencia se relaciona con la protección *negativa* que se reivindica para tal bien jurídico, la cual comprende todos aquellos supuestos que el titular quisiera, *ad libitum*, excluir de divulgación, es decir, un derecho a una “zona personal”, que reserve los valores de dignidad, individualidad, autonomía y el bienestar físico y psicológico. Se reconoce, también, el dinamismo de tal derecho 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. De las palabras del *decisum*, es forzoso igualmente extraer la idea de la mutabilidad de su contenido, como en este trabajo he defendido, que tiene su raíz a la influencia del contexto socio-cultural, que se diferencia según los parámetros de la época, lugar y *modus vivendi* de cada individuo. Al final, el Alto Tribunal declara vulnerado el derecho a la intimidad de la recurrente, pues aunque sea veraz la noticia sobre una secta que fomenta la promiscuidad sexual de sus miembros, no era ni idónea, ni necesaria, no tampoco proporcional que se utilizaran fotografías en las que aparece el cuerpo desnudo de la demandante.

Añade el TC que también existió ofensa al derecho a la propia imagen de la actora planteando que “en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su

aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado¹⁴⁵³. Debe tenerse en cuenta que el aspecto físico, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, constituye el primer elemento configurador de *la esfera personal* de todo individuo¹⁴⁵⁴ y por ello nuestro ordenamiento constitucional le dispensa esta especial protección”.

El Alto Tribunal sustituye, con coherencia, la palabra “intimidad”, inserta en la afirmación de que el derecho a la propia imagen “constituye el primer elemento configurador de la *intimidad* de todo individuo”, expresada en sentencias anteriores¹⁴⁵⁵, por la expresión “*esfera personal*”. Aunque sea loable esta sutil intención de emancipar el bien jurídico “imagen” de la intimidad, mejor sería, *data venia*, que la sentencia no hubiera utilizado tal expresión para definir el *dintorno* del derecho a la propia imagen. El motivo de mi preferencia por el término *individualidad*, como ya planteado en este trabajo, se justifica por una posible confusión que se pueda hacer con la teoría de las esferas de la intimidad, inicialmente postulada por HUBMANN¹⁴⁵⁶. El TC razona sobre la autonomía del derecho a la propia imagen, sustentando su tesis en la *ausencia de consentimiento* por parte de la demandante para que la revista publicara sus fotografías, pues “debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que hayamos sostenido que «la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél»¹⁴⁵⁷. Resulta, por

¹⁴⁵³ STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2

¹⁴⁵⁴ SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2

¹⁴⁵⁵ SSTC 170/1987, FJ 4; 99/1994, FJ 5

¹⁴⁵⁶ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.7

¹⁴⁵⁷ STC 99/1994, FJ 5

tanto, que el derecho a la imagen se encuentra delimitado por *la propia voluntad* del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista *un interés público* en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen”. Con estas alegaciones el TC advierte que “la publicación sin el consentimiento de la ahora recurrente de unas fotografías que reproducen su imagen física de forma claramente identificable constituye una intromisión en su derecho a la propia imagen” y añade que “Ciertamente el hecho de que aparezca desnuda en principio podría no ser relevante a efectos de apreciar la existencia de esta intromisión en el derecho a su propia imagen —sin perjuicio que ello constituya además una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad, tal y como ya se ha señalado—, pues, como se ha indicado, lo que el derecho fundamental a la propia imagen impide es la obtención, reproducción o publicación por un tercero no autorizado de una imagen que contenga los rasgos físicos de una persona que permita reconocer su identidad. Sin embargo, en el presente caso, según hemos reiterado, las fotografías objeto de enjuiciamiento, no sólo permitían la identificación de la recurrente, sino que al mismo tiempo, de forma inescindible, mostraban su cuerpo desnudo. Por ello, como hemos avanzado, la declaración de que esas imágenes gráficas han vulnerado su derecho a la intimidad, permite concluir que la intromisión en su derecho a la propia imagen es también una intromisión constitucionalmente ilegítima, sin que para alcanzar esa conclusión sea necesario analizar si concurren otros bienes o derechos —especialmente el derecho alegado de comunicar información— que hipotéticamente pudiesen justificar esa injerencia, ya que al haber declarado que la publicación de las fotografías ha vulnerado el derecho de la intimidad de la recurrente ninguna circunstancia podría legitimar la intromisión en el derecho a la propia imagen que esas mismas fotografías conllevan.”

Ahora bien, según los fundamentos de la sentencia, se percibe que el TC estimó que las imágenes que ilustraban el reportaje han sido un *medio* de ofensa a la intimidad de la recurrente. Es decir, se vulneró la intimidad de la actora a través de la publicación

de las imágenes que retrataban su desnudo corporal. El fundamento de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante se basa, pues, en la ofensa primaria al derecho a la intimidad y, por consiguiente, se vulneraría también de ese derecho. Lo que lleva a concluir que si hubiese la revista publicado fotografías que retrataran la demandante en otras circunstancias no materialmente íntimas, seguramente la resolución del recurso de amparo tendría otra dirección. No obstante, cabría, pues, cuestionar, como hizo el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, si el fundamento para estimar el recurso de amparo habría de ser otro, pues “el recurso debía haber estimado la vulneración del derecho a la imagen de la recurrente, no así del derecho a la intimidad, y que para tal estimación bastaba con el contenido de los fundamentos jurídicos 6 y 7, con la exclusión en el último de la alusión a la intimidad, por las razones que de inmediato expondré, sustituyéndolas por la simple observación (contenida en el fundamento jurídico 5 de la Sentencia, aunque a otros efectos), de que *"carece de interés público digno de protección la difusión de las fotografías en las que aparece el cuerpo desnudo de la recurrente"*.

No creo que la presente demanda se solucionara por la teoría del consentimiento, porque, como hizo la sentencia, se confundiría el derecho a la propia imagen en el derecho a la intimidad. Pese a que no se esté ahora tratando directamente de los límites del derecho a la propia imagen, se podrían usar los argumentos sobre los conflictos con otros bienes constitucionales, defendidos en esta tesis, para independizar el derecho a la propia imagen del derecho a la intimidad. El primer requisito para que se sepa si es legítima la intromisión a la imagen de la actora sería evaluar la relevancia pública del reportaje. En otras palabras, aplicando el criterio *ratione materiae* se desvela si es lícita o no la publicación de tales fotos. Queda extramuros de la libertad de información la divulgación de datos cuyo único interés reside en despertar la curiosidad ajena, el cotilleo, el morbo, o cualquier otro espurio interés en este sentido. De esta forma, la facultad de vedar la utilización de su imagen corresponde a la retratada, con las restricciones demandadas por las necesidades de la convivencia social y la satisfacción de los legítimos intereses colectivos, entre los cuales no figuran las que se hallen relacionadas con la simple y, a veces, malsana curiosidad. En este sentido, es

incuestionable que es públicamente relevante y de extremada trascendencia social, partiendo de un concepto *normativo* del discurso público, si una secta religiosa explota sexualmente a menores de edad. Se tendría, también, que evaluar si tal información es veraz. En realidad, en la sentencia no se aportan argumentos suficientes para saber si goza o no de veracidad la noticia. En este sentido, como he planteado anteriormente, para que la noticia ilustre su texto con la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo de la figura de alguien habrá de obedecer los tres requisitos de la “superación del juicio de proporcionalidad”: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad advierte que la persona ha de estar lógicamente vinculada a los hechos de que trata la información. Este análisis estaría dificultado por los motivos que ahora he indicado, que con los datos de la sentencia no se sabe si es veraz o no la información. Empero, se supone que sí, que es veraz y, por tanto, inicialmente idónea la divulgación de las fotos. No obstante, no me parece que esta publicación de las fotografías de la actora fuera forzosamente *necesaria* para la finalidad de la información. Dicho con otras palabras, se podría, de modo igualmente satisfactorio, conseguir el objeto que justifica el límite, no siendo *necesaria* la utilización de la imagen, pues su uso era dispensable para la transmisión de la información. La utilización de la imagen en este caso pasó a tener una finalidad privatística, de promoción privada de la revista, contrariando la finalidad teleológica del interés público. Este planteamiento también se aplica cuando se procede a la ponderación *stricto sensu* entre la información del reportaje y este bien de la personalidad de la demandante, pues, representa el uso de las fotos un sacrificio exagerado para el derecho individual a la propia imagen. En mi opinión, creo que estos planteamientos, además de señalar la intromisión ilegítima, muestran, de forma más convincente, el razonamiento de que se ha vulnerado el derecho a la propia imagen, independiente de la afectación que haya podido tener el derecho a la intimidad, pues con la utilización de las fotos se configuró una restricción demasiado penosa para el derecho fundamental a la propia imagen, pues la revista podría conseguir el mismo efecto de informar a la sociedad española de la doctrina ilícita de la secta religiosa sin que se ilustrara el reportaje con las fotos de la recurrente.

STC 139/2001, de 18 de junio y STC 83/2002, de 22 de abril: Imagen e Intimidad

Se tratan las dos sentencias de casos análogos, dada las circunstancias factuales del objeto de ambos procesos y los términos en los que se plantea la fundamentación jurídica para resolverlos¹⁴⁵⁸. La STC 139/2001, el caso “Safari en Kenya” tuvo como origen la demanda incidental de juicio de protección de los derechos fundamentales formulada por el recurrente contra don Jesús M. López Campos, «Editorial Gráficas Espejo, Sociedad Anónima», don Luis Gonzalo Saiz y la empresa España Reportajes por intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen a consecuencia de la publicación en la revista «Diez Minutos» de unas fotografías tomadas durante el viaje que había realizado a Kenya el año anterior en compañía de doña Marta Chávarri Figueroa. Se comprueba en las sentencias de instancia inferior que las fotografías no fueron captadas en un acto público o en un lugar abierto al público sino en el desarrollo de actividades recreativas de índole privado, y se añade, al efecto, que las imágenes fueron obtenidas por un primo hermano del recurrente, ignorándose cómo pudieron llegar a don Luis Gonzalo, autor del artículo que las incluía y que fue vendido a «Gráficas Espejo, S. A.», editora de la revista, amparándose aquél en el secreto profesional para no revelar el nombre de las personas que se las facilitaron. El recurrente alega que se ha vulnerado su derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE) ya que la Sentencia recurrida efectúa una ponderación incorrecta entre tal derecho y el derecho a la información (art. 20.1 d) CE), pues la publicación de las controvertidas imágenes por parte de la revista, sin su consentimiento, no se apoya en un «interés histórico, científico, o cultural relevante», justificativo de la excepción que contempla el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, sino en un interés de mera curiosidad intrascendente, que no puede fundamentarse en el derecho a la información. Afirma asimismo que no concurrían en este caso las circunstancias previstas en el art. 8.2 a) de la Ley Orgánica, puesto que él no puede ser considerado una persona pública, ni tampoco puede decirse que una reserva

¹⁴⁵⁸ Se podríamos analizar también la STC 300/2006, de 23 de octubre, pero esta se refiere a un recurso de amparo concerniente a la definición de la *indemnización* cuya cuantía no sirvió para reparar la vulneración declarada en la Sentencia 83/2002 de los derechos fundamentales implicados. Su objeto se trata, pues, de analizar los *efectos* de la *sentencia* que había sido dictada. Por ello, entiendo que tal decisión no se corresponde con el propósito de este apartado que es estudiar, materialmente, el derecho a la propia imagen.

federal de caza sea un lugar abierto al público; e indica, además, que, aunque concurrieran tales circunstancias, ello no sería suficiente para legitimar la publicación de las fotografías porque no satisfacen un interés general. Se dice por último en la demanda que las imágenes no fueron captadas por un periodista gráfico sino que eran fotos privadas, que ilegítimamente pasaron a los medios de comunicación y que se publicaron sin el previo consentimiento de los fotografiados.

En la STC 83/2002, el caso “Alcocer”, el solicitante de amparo formuló demanda incidental de juicio de protección de los derechos fundamentales, a raíz de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, contra don Jesús López Campos, director de la revista «Diez Minutos», contra Editorial Gráficas Espejo, S.A., y contra don Luis Gonzalo, por considerar que la publicación de unas fotografías en la portada y en el interior de aquella revista constituyeron una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. En las instancias anteriores se acreditó que con ocasión de encontrarse el Sr. Alcocer, junto con doña Margarita Hernández y otros amigos en una playa pública, el primeramente citado entregó a uno de esos amigos, el Sr. Sobrino una cámara fotográfica de su propiedad, con la cual éste, a instancias de aquél fotografió juntos y en situación de afectividad a los dos primeramente citados, devolviendo acto seguido el Sr. Sobrino la cámara a su propietario el actor. Sin quedar acreditada su procedencia, las fotografías llegaron a poder de don Luis Gonzalo, quien las vendió por cuatro millones de pesetas a la mercantil Editorial Gráficas Espejo, S.A., posteriormente absorbida por Hachette Filipacchi, S.A, que sin comprobar la procedencia de las fotos ni recabar el consentimiento de los que aparecen en ellas, con posterioridad, la revista “Diez Minutos”, dirigida por el Sr. López Campos y editada por la codemandada Editorial Gráficas Espejo S.A., publicó en portada y en el interior esas fotografías, con el titular “Tras el escándalo Alberto Cortina-Marta Chávarri ahora gran exclusiva. Las fotos definitivas de Alberto Alcocer-Margarita Hernández”, las que igualmente se utilizaron para la confección de un póster publicitario de la mencionada revista que fue exhibido en numerosos puntos de venta con finalidad propagandística de la revista, no de ese número concreto. Nuevamente en otra oportunidad se publicó una de las fotografías como apoyo gráfico de un determinado reportaje. Alega el demandante en amparo que la vulneración de sus

derechos a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) por cuanto la Sentencia impugnada efectúa una ponderación constitucionalmente incorrecta entre tales derechos y el derecho a la libertad de información (art. 20.1 d) CE), al declarar la prevalencia de este último con base en la condición de personaje público del demandante, en el interés general de la información, y en el carácter abierto del lugar en que se tomaron las fotografías publicadas por la revista, tres criterios que se rebaten. Se alega que el demandante no es propiamente «persona pública» sino de proyección pública, circunstancia que por sí sola no protege cualquier información referida a ella, especialmente si los hechos revelados afectan a su intimidad. Tampoco concurriría la excepción contemplada en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982 («que predomine un interés histórico, científico, o cultural relevante»), ni la prevista para el derecho a la propia imagen en el art. 8.2 de la misma Ley, pues la información publicada no satisface un interés general sino la frívola curiosidad intrascendente y un afán comercial de dar a conocer situaciones privadas sin ninguna relevancia. Finalmente, se aduce que las imágenes difundidas no fueron captadas por un profesional del periodismo, sino que son fotografías privadas y de recuerdo, las cuales fueron obtenidas por el medio de comunicación sin intervención del demandante, quien nunca otorgó el consentimiento para su publicación, circunstancia que por sí sola impediría que pudieran ampararse en el derecho a la información.

En los dos supuestos, el litigio se origina con la publicación de fotografías de personajes de notoriedad pública en una revista. Lo común a los dos casos, es que se trata de fotografías privadas que llegan a la editorial a través de una operación de terceros ajena a la voluntad de los retratados. Las imágenes, sin el consentimiento de los afectados, habrían salido del círculo privado al que habían sido destinadas y llegan a poder de un tercero que las vende por una cantidad monetaria a la editorial, que las publica sin obtener el permiso de quienes figuraban en ellas. Los protagonistas de las fotos demandan incidentalmente requiriendo la protección de sus derechos fundamentales, en el primer caso por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, y en el segundo también en el derecho a la intimidad. Las fotos del caso “Safari en Kenya” no retratan la intimidad del recurrente y se limitan a reproducir «los rasgos

fisionómicos reconocibles». Por otro lado, en la segunda demanda, el caso “Alcocer” se solicita la declaración de la vulneración del derecho a la propia imagen y del derecho a la intimidad, como derechos autónomos, pues una de las imágenes revela manifestaciones de afectividad entre la pareja.

Insisten las dos sentencias en la autonomía del derecho a la propia imagen al admitir que “se configura como un derecho de la personalidad, 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 (...) se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás¹⁴⁵⁹”. Se recuerda que “como los demás derechos constitucionales, el derecho a la propia imagen se encuentra limitado por otros derechos y bienes constitucionales, en particular, por el derecho a la comunicación de información y a las libertades de expresión y creación artística. Por ello, en los casos de colisión entre el derecho en cuestión y otro derecho fundamental, el órgano judicial debe realizar un juicio ponderativo, que en todo caso ha de respetar la definición constitucional y los límites de los derechos en conflicto, y cuya efectiva observancia corresponde verificar a este Tribunal, el cual no está vinculado al efectuar este control por la valoración hecha por los órganos judiciales.”

En el caso “Safari en Kenya” el TC alega que “La determinación de si la publicación de las fotografías supuso una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen del ahora recurrente en amparo habrá de hacerse partiendo de la consideración de cuál sea la *naturaleza* de las imágenes publicadas. La simple observación de éstas pone de manifiesto que se está, como señala el Ministerio Fiscal, ante un documento personal de carácter estrictamente privado y familiar. No es preciso examinar si tal documento se halla en el ámbito propio de la intimidad, puesto

¹⁴⁵⁹ STC 139/2001 FJ4 Y STC 83/2002, FJ4

que ni en la demanda de amparo se invoca expresamente el derecho a la intimidad ni, por otra parte, se condicionan mutuamente, de modo necesario, este derecho y el de la propia imagen, dada la autonomía de uno y otro, por más que puedan estar vinculados en algunos supuestos; pero es, en todo caso, claro -y suficiente a los fines del presente proceso que dichas imágenes se insertan en el ámbito propio y reservado de lo que es la esfera personal de los afectados (utilizando los términos, ya transcritos, de la STC 81/2001) y, por lo tanto, también de la esfera personal del recurrente en amparo. Su pertenencia a dicho ámbito personal y privado queda además acreditado por las propias circunstancias de hecho que han rodeado a las fotografías cuestionadas: su obtención por un pariente del ahora recurrente, con la cámara de éste, en el contexto de un viaje privado de familiares y amigos y con destino a un recuerdo íntimo. En el contexto que acaba de expresarse queda evidenciado dicho carácter personal, privado y reservado de las expresadas fotografías, cualesquiera que fueran las personas a las que reproducían y el lugar en que se hubieran hecho. Por otra parte, no deja de ser revelador a tal efecto el hecho de que dichas fotografías hayan salido a la luz pública sin el consentimiento del interesado y mediante una operación de terceros ajena a su voluntad”. En esta línea, resalta el Alto Tribunal que no puede inmiscuirse en la función de los órganos judiciales en la constatación de los hechos probados, “entre los que figuran la imposibilidad de determinar cómo las fotografías llegaron realmente a poder del Sr. Gonzalo, pero también que *su desvío y publicación* se realizó sin el consentimiento de los interesados. Este último extremo también resulta decisivo en este caso para determinar que efectivamente hubo vulneración del derecho a la propia imagen, precisamente porque la eventual autorización del titular excluiría la idea misma de intromisión”. Concluye que “atendiendo a las circunstancias concurrentes que acaban de exponerse, la publicación por parte de la revista «Diez Minutos» de las fotografías privadas del recurrente, sin su consentimiento, constituyó una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) que, en este caso, no puede encontrar protección en el derecho a comunicar libremente información veraz (art. 20.1 d) CE), el cual se encuentra constitucionalmente limitado de forma expresa por aquel derecho (art. 20.4 CE)”. Se otorga, pues, el amparo solicitado, argumentando el TC que la sentencia recurrida en amparo apreció de forma equivocada que el recurrente era una persona muy conocida en el ámbito financiero y

social en general, y que una reserva federal de caza en el Estado de Kenya es un ámbito abierto al público en general, circunstancias que, al entender de la Sentencia de casación, hacen decaer el derecho a la propia imagen a favor del derecho a la información. El TC advierte que “el órgano judicial no tuvo en cuenta la naturaleza privada y el carácter personal y familiar de las fotografías, ni su forma de obtención, mediante una operación ajena a la voluntad del actor y sin su consentimiento, razones por las cuales su enjuiciamiento no es adecuado, pues no ha ponderado el derecho a la propia imagen del recurrente y el derecho a comunicar información, respetando la definición constitucional de cada derecho y sus límites”.

En el caso “Alcocer” se afirma que “el canon de constitucionalidad aplicable al conflicto entre el derecho a la propia imagen del recurrente y el derecho a la libertad de información, invocado por la editora de la revista, no puede ser otro que el fijado en los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la STC 139/2001, puesto que ésta, como se ha dicho, resolvió un supuesto de hecho idéntico al que se da el presente recurso”. Sobre el derecho a la intimidad, el Tribunal tiene en cuenta el argumento del Ministerio Fiscal que sostiene que “una de las imágenes del reportaje, concretamente aquella en la que el ahora demandante y su acompañante aparecen besándose, revelaría una relación amorosa entre los protagonistas cuya publicación supuso un ataque a su intimidad, sin estar amparada por la notoriedad pública del Sr. Alcocer ni por el interés público de la información.” Pondera la sentencia que “la publicación de las controvertidas fotografías por la revista «Diez Minutos» *invadió ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar del recurrente*, al revelar sus relaciones afectivas con la Sra. Hernández, propósito indiscutible del reportaje como se desprende del texto que acompaña a las imágenes, en el que se dice que la relación entre los dos protagonistas no era tan conocida como la relación Cortina-Chávarri, añadiendo: «Nosotros hemos conseguido en exclusiva las fotografías de la pareja. Como se puede comprobar, las imágenes son suficientemente elocuentes: dos enamorados que, ajenos a cuanto les rodea, dan rienda suelta a sus sentimientos». Asimismo, el pie de foto de una de ellas reza: «Esta imagen pone en evidencia los sentimientos de un hombre y una mujer libres para amar: Alberto Alcocer y Margarita Hernández». Se trata de una clara intromisión en la intimidad del recurrente

que no puede considerarse amparada en la existencia de un bien o derecho fundamental merecedor de mayor protección, como el derecho a comunicar información”. Además, con relación a la alegación de que el recurrente sería una persona notoria, el TC plantea que “la notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional, y en concreto su proyección pública en el campo de las finanzas, no le priva de mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en aquellas actividades profesionales elimine el derecho a la intimidad de su vida amorosa, si por propia voluntad decide, como en este caso, mantenerla alejada del público conocimiento ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno. De nuevo, las circunstancias en que las fotografías fueron captadas, difundidas y presentadas ponen de relieve que, en este caso, no se justifica el descenso de las barreras de reserva impuestas por el propio recurrente; a tal efecto es irrelevante el sólo dato de que las imágenes fueran captadas en una playa, como lugar abierto al uso público, pues ello no elimina la relevante circunstancia de que aquéllas fueron obtenidas en el círculo íntimo de las personas afectadas, sin que éstas, atendidas todas las circunstancias concurrentes, descuidasen su intimidad personal y familiar, abriéndola al público conocimiento. Por otra parte, tampoco puede estimarse que la difusión de las controvertidas fotografías estuviera amparada en un interés público constitucionalmente prevalente (...) resulta decisivo determinar si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento (...) En el presente caso, es claro que la revelación de las relaciones afectivas del recurrente, propósito inequívoco del reportaje en el que se incluyen las controvertidas fotografías, carece en absoluto de cualquier trascendencia para la comunidad porque no afecta al conjunto de los ciudadanos ni a la vida económica o política del país, al margen de la mera curiosidad generada por la propia revista en este caso al atribuir un valor noticioso a la publicación de las repetidas imágenes, el cual no debe ser confundido con un interés público digno de protección constitucional”. Por todo ello, se concluye que la publicación por parte de la revista de las

fotografías en las que aparece el recurrente junto a la Sra. Hernández, vulneró sus derechos a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE), y que debe otorgarse al demandante el amparo solicitado.

Las sentencias presentan dos aspectos de coherencia inmediata con las ideas expuestas en esta investigación. En primer lugar, se refuerza la autonomía del derecho a la propia imagen frente al derecho a la intimidad, delimitando el campo de actuación de cada derecho y, en segundo, se deciden los dos recursos con base en la *naturaleza* de las fotografías, utilizándose el criterio *ratione materiae*, para ponderar los conflictos entre el derecho de los personajes públicos a la propia imagen y la libertad de información. De forma muy adecuada, el TC pondera que no existe *relevancia pública* que suprimiera la obligatoriedad del consentimiento para la publicación de las imágenes de los recurrentes, no siendo preponderantes en su razonamiento la *notoriedad* de los afectados (*ratione personae*) y el local público (*ratione loci*) donde ellos se encontraban. Representan las dos sentencias un ejemplo de evolución jurisprudencial de la doctrina del TC, además de la afirmación de la madurez constitucional del derecho a la propia imagen.

STC 99/1994, de 11 de abril: el caso “Cortador de Jamón”

Este recurso se basa en el hecho de que, con motivo de la muestra de un producto (jamón ibérico) a los medios de comunicación y autoridades autonómicas de la Consejería de Agricultura, para la presentación de la denominación de origen del jamón de bellota fabricado por la empresa en la que prestaba sus servicios el solicitante de amparo, éste fue reiteradamente requerido por aquélla, para que realizara el corte de jamón dada su destreza en dicho cometido. Requerimiento al que se negó el recurrente, alegando que bajo ningún concepto deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente, por lo que la empresa procedió a despedirle. Las sentencias de instancia centraron sus argumentos considerando que la presentación ante los medios de comunicación y las autoridades autonómicas del producto de la demandada constituía un acontecimiento público en el que el recurrente era parte accesoria del mismo y, por consiguiente, su conducta, libre de toda exculpación, caía de lleno en la indisciplina o

desobediencia, tipificada en el art. 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores. Sostiene el demandante, en síntesis, que las referidas resoluciones vulneran los artículos 18.1 y 24.1 C.E.

El TC delimita su papel en este caso afirmando que “En este supuesto, se ha producido una negativa del trabajador a cumplir una orden del empresario que, desde el sólo plano de la legalidad ordinaria, los Tribunales laborales consideraron que aquél podía dar, al estar incluida la tarea encomendada dentro de las facultades directivas que le vienen reconocidas por el art. 20.1 E.T. (...) Se trata, pues, de una orden que, en principio, no sería objetable desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, y que, desde esa misma perspectiva, hubiera debido de ser obedecida por el trabajador. La vertiente constitucional del problema que ha de analizarse en esta sede obliga, pues, a desechar los argumentos de la demanda, fundados en la procedencia o no de la orden en atención estricta al límite objetivo del contrato de trabajo. Y, en estos términos, queda reducida la cuestión a analizar la virtualidad del art. 18.1 C.E. para legitimar la negativa del trabajador a obedecer la orden recibida. Una orden que, de no mediar el derecho fundamental alegado, y de acuerdo con la interpretación sostenida por los Tribunales ordinarios, hubiera desplegado su plena eficacia vinculante sobre el trabajador frente al que se dirigió”.

El Alto Tribunal reitera que “el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada¹⁴⁶⁰. Pero que, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 C.E.). Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de

¹⁴⁶⁰ STC 88/1985

aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral¹⁴⁶¹” y confirma que “por los propios términos en que se ha planteado la cuestión, es claro que ésta atañe al derecho a la propia imagen como derecho de impedir que otros la capten o la difundan”.

El TC aporta su doctrina sobre el derecho a la propia imagen reiterando que “El derecho a la propia imagen, consagrado en el art. 18.1 C.E. junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros. Sólo adquiere así su pleno sentido cuando se le enmarca en la salvaguardia de «un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»¹⁴⁶². Una valoración teleológica que, por lo demás, también ha prevalecido cuando se ha analizado la proyección del derecho en cuestión sobre la relación individual de trabajo¹⁴⁶³”. Para el examen de la vulneración, el Alto Tribunal señala que “el trabajador recibió la orden de que compareciese en un acto de presentación de un determinado producto, un acto público en que su presencia era requerida para el corte y despiece del producto que se quería promocionar, como denominación de origen, por la Comunidad Autónoma convocante del acto. Como tal, la orden empresarial se limitaba a exigirle el cumplimiento de esta tarea, sin perjuicio de que, dadas las circunstancias concurrentes y la naturaleza misma del acto, claramente promocional del producto, fuera inevitable la presencia de fotógrafos y de medios de comunicación, que reprodujesen la imagen del trabajador mientras desarrollaba la tarea encomendada. Procede plantearse si el derecho a la propia imagen del trabajador, en la dimensión constitucional que es la única que puede valorarse en esta sede, quedaba injustificadamente comprometido, y por tanto, resultaba legítimo negarse a tal proceso de restricción del derecho, por no venir estrictamente justificado por exigencias de la organización productiva que pudieran oponérsele”. En este sentido, resalta que “Deben apreciarse, en este caso como en todos los de colisión de derechos fundamentales o

¹⁴⁶¹ SSTC 73/1982, 120/1983, 19/1985, 170/1987, 6/1988, 129/1989 ó 126/1990, entre otras.

¹⁴⁶² STC 231/1988, fundamento jurídico 3.

¹⁴⁶³ STC 170/1987, fundamento jurídico 4.

bienes constitucionalmente protegidos, los intereses en presencia, mediante una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes. Es en esta perspectiva donde ha de situarse la valoración del alcance del derecho a la propia imagen como factor legitimador de la negativa del trabajador a obedecer la orden empresarial”.

Se plantea que “la cuestión, respondida implícitamente en sentido negativo por los Tribunales de instancia, es si en el seno de la relación de trabajo resultaba exigible al trabajador someterse a una restricción, incluso no expresamente mencionada en la Ley como ilegítima, de su derecho a la propia imagen. Planteado así el tema, su tratamiento se traslada desde el art. 8 hasta el 2 de la Ley Orgánica 1/1982, en cuanto regulador del ámbito general del derecho fundamental en cuestión. Dicho precepto establece, como ya se ha anticipado, que la tutela del derecho a la propia imagen, entre otros, quedará «delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia». Esto es, circunscribe la tutela del derecho (y, por exclusión, el propio ámbito de éste) a la posición que el sujeto se ha fijado en el marco social y a la reserva que, en este mismo marco, le es razonable exigir en atención a los criterios sociales dominantes. En este supuesto, al venir propiciada la intromisión desde el seno de la relación de trabajo, es obligado matizar el juego de la regla general”. Siguiendo este razonamiento, se indica que “existen actividades que traen consigo, con una relación de *conexión necesaria*, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia *naturaleza* de éstas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él. Cuando ello suceda, *quien aceptó prestar tareas de esta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de la dignidad de la persona* (art. 10.1 C.E.) o de la intimidad de ésta. La cuestión, ahora, es si, por la naturaleza del trabajo contratado en este caso, podemos considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador -expresada al celebrar el contrato- la que legitimaba las que pudieran exigírsele en el futuro, dentro de los márgenes que se acaban de exponer”. Al tenor de este contexto, el Tribunal concluye que “No es éste el caso. No consta que el

trabajador, oficial de 2. deshuesador de jamones, tuviera asignada, *explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto*, ni que éstas fueran *componentes imprescindibles -o aun habituales-* de las funciones que debía desarrollar. Con este condicionante básico, el vínculo contractual originario no puede considerarse, por sí sólo y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente para la orden dada (...) Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar -por parte de quien pretende aquel efecto- que *no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido*, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”.

Debe afirmarse, de inicio, que en este caso no se podría alegar un legítimo conflicto entre bienes del mismo rango constitucional porque, como, señala el Alto Tribunal “no bastaría (justificar la restricción al derecho a la propia imagen) con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento”, razón por la cual ni se plantea la aplicación del principio de proporcionalidad. Lo que se constata en la línea argumental de la sentencia es una manifiesta coherencia con el criterio *ratione materiae*, que atiende el razonamiento material, defendido en esta tesis. El Tribunal, de forma adecuada, no tiene en cuenta, *a priori*, las pretensiones exclusivamente mercantiles de la empleadora, las cuales, por supuesto, están en un rango inferior de importancia en la Constitución. La alegación del máximo intérprete constitucional se inicia, de modo coherente, con la delimitación del contenido del derecho a la propia imagen. Aplica un razonamiento *teleológico* al desvincular, de forma acertada, la lógica de la relación laboral pactada y el hecho de la promoción *publicitaria*, la cual satisfaría un difuso interés *empresarial*. En síntesis, la congruente tesis que ha prevalecido es que cuando el trabajador firmó su *contrato* laboral, las actividades a éste inherentes, por la *naturaleza* de la relación en sí misma, no comprendían la improbable hipótesis de exponer la imagen del cortador de jamón como campaña de publicidad de la entidad, sometiendo el empleado a una

irregular restricción de su derecho fundamental y, por consiguiente, de su *dignidad humana*.

STC 14/2003, de 30 de enero: el caso “Comisaría de Policía de Valladolid” (la imagen como dato personal)

Los hechos que motivaron el recurso de amparo se inician el día 20 de febrero de 1994, en el que el demandante, en compañía de un hermano y de un amigo de éste, se vio involucrado en una pelea entre varias personas en una calle de Valladolid, como consecuencia de la cual una de ellas resultó muerta por el hermano del recurrente y otras dos heridas por su hermano y el amigo de éste. A los pocos días, el 26 de febrero de 1994, el demandante de amparo se presentó en la Comisaría de Policía de Valladolid a contar lo que sabía de los hechos. En ese momento fue detenido y se le tomó para los archivos policiales una foto especial de cuerpo entero, de pie, delante de una pared blanca, con los brazos extendidos a lo largo del cuerpo. Ese mismo día fue detenido el amigo de su hermano. Al día siguiente, domingo 27 de febrero de 1994, los periódicos «El Norte de Castilla» y «El Mundo de Valladolid» publicaron con gran aparato tipográfico y expresivo la noticia de la detención y las fotografías entregadas por la policía («El Mundo de Valladolid» las mostró en el centro de su primera plana; «El Norte de Castilla», bajo el siguiente rótulo a toda plana: «En prisión dos de los asesinos de Raúl»). También la agencia de noticias EFE vendió a sus clientes las fotografías. E, incluso, algunos de los periódicos antes citados siguieron publicándolas en ocasiones posteriores. El hermano del demandante de amparo que se encontraba huido se presentó, motu proprio, unos meses después. Celebrado el correspondiente juicio, el demandante de amparo fue absuelto de todos los cargos, siendo condenados su hermano y el amigo de éste. Una vez finalizado el proceso penal, el recurrente en amparo inició acciones contra «El Norte de Castilla» en defensa de su honor, intimidad personal y propia imagen, el proceso que se encontraba en aquél momento de presentarse la demanda de amparo en trámite de recurso de casación. Con ocasión del citado proceso contra «El Norte de Castilla», el demandante de amparo tuvo conocimiento de que la fotografía que le había

sido tomada para los archivos policiales el día de su detención había sido entregada a los medios de comunicación *por la propia policía*.

En el mismo día de su detención, el 26 de febrero de 1994, el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid emitió una nota de prensa sobre las investigaciones llevadas a cabo por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en relación con los hechos delictivos que habían tenido lugar el día 20 de febrero, en la que se informaba de la detención de dos de los presuntos autores del homicidio, entre ellos el demandante de amparo, a quienes se identifican con sus nombres propios y las iniciales de sus dos apellidos, indicándose también que el tercer implicado, el hermano del recurrente en amparo, no había sido aún localizado, continuándose con las investigaciones para su detención. Junto con la referida nota, la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, según quedó acreditado en autos y consta expresamente en el informe emitido por el Jefe Superior de la Policía de Valladolid en el expediente de reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, facilitó a determinados medios de comunicación las fotografías de las tres personas presuntamente implicadas en los hechos, entre ellas la reseña fotográfica del demandante de amparo que había sido obtenida en dependencias policiales el día de su detención. Se aduce al respecto en el mencionado informe que las fotografías fueron facilitadas «dada la trascendencia social que supuso la gravísima agresión y con la pretensión de que algún testigo, dada la hora y zona en que ocurrieron los hechos, pudiese facilitar nuevos datos que permitiesen la localización del tercer individuo interviniente en la agresión». Por lo que decidió presentar reclamación contra el Ministerio del Interior por daños a su honor, intimidad y propia imagen al amparo 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. Contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de mayo de 2000. Declaró esta sentencia que la entrega a los medios de comunicación de la fotografía tomada al demandante de amparo para los archivos policiales el día en que se produjo su detención, sin resolución previa del órgano

administrativo o judicial competente y sin audiencia previa del interesado, no violó la reserva y el secreto de sus datos personales contenidos en esos archivos, pese a que tal reserva viene impuesta por el artículo 37.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC), por el artículo 10, en relación con el artículo 20, de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, en aquella época vigente, reguladora del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, y por el artículo 5.5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, reguladora de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, de las policías de las Comunidades Autónomas y de las policías locales (sic). En consecuencia estimó que aquella actuación no había supuesto tampoco una intromisión en su derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Se afirma en la Sentencia que con la publicación de la fotografía del demandante de amparo «se perseguían varios resultados: 1) tranquilizar a la opinión pública en un hecho de grave conmoción social; 2) transmitir un mensaje de eficacia policial, y 3) hacer saber al huido que su cerco era más estrecho». Y para justificar que el demandante de amparo debió soportar esa actuación administrativa sin ningún tipo de resarcimiento, se concluye en la Sentencia que: «Aquí el proceder fue legítimo y justificado y el destinatario tenía razonablemente el deber de soportarlo porque también razonablemente y en aquel momento estaba situado en una posición que le era claramente desfavorable». El demandante de amparo considera que han resultado vulnerados sus derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), como consecuencia de la difusión o distribución por parte de la policía a determinados medios de comunicación, sin resolución razonada del órgano o de la autoridad competente y sin que se le hubiera conferido un previo trámite de audiencia, de la fotografía que el día de su detención se le había tomado en dependencias policiales con destino a su ficha policial, pues tal actuación policial permitió, sin necesidad alguna, que se ofreciese la imagen, que constituye la máxima expresión de su identidad, de una persona sin ningún tipo de relevancia pública a la curiosidad, a la difamación y escarnio públicos, resultando además la fotografía difamante por sí misma dada la situación en que lo representaba.

El objeto del recurso de amparo queda circunscrito, pues, a determinar si han resultado vulnerados los derechos del demandante a la intimidad personal, al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE) como consecuencia de la difusión por la Jefatura Provincial de la Policía de Valladolid a diversos medios de comunicación de la fotografía que le fue tomada el día de su detención en las dependencias policiales con destino a su ficha policial. Refuerza el TC, en su inicial planteamiento, la autonomía de los derechos a la propia imagen, a la intimidad y al honor razonando que “a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata, dicho con otras palabras, de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás¹⁴⁶⁴”. Desvincula el Alto Tribunal, de forma coherente, el derecho a la intimidad con el objeto de la demanda, pues “la fotografía difundida por la policía no desvela aspectos de su vida privada o partes íntimas de su cuerpo¹⁴⁶⁵”. Resulta plenamente coherente esta separación de los bienes de la personalidad constitucionalmente protegidos. En efecto, si la foto traspasada a los medios de comunicación por la policía no revelaba aspectos íntimos del recurrente, no había porqué reclamar protección jurídica a tal bien de la personalidad. No obstante, hubiera sido de mejor técnica y precisión jurídica, *data venia*, que el TC hubiese utilizado la palabra *intimidad* en el lugar de la expresión *vida privada*, por todos los fundamentos que he reseñado en este trabajo¹⁴⁶⁶.

A continuación, el Alto Tribunal aporta su doctrina sobre el concepto, la delimitación y la relación de la propia imagen con la vida privada. Aduce que en su dimensión constitucional el derecho a la propia imagen “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. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o

¹⁴⁶⁴ SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3

¹⁴⁶⁵ *Íd.*

¹⁴⁶⁶ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.7

publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad informativa, comercial, científica, cultural, etc.... perseguida por quien la capta o difunde¹⁴⁶⁷. Lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, *aunque no íntimo*, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la *esfera personal* de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual¹⁴⁶⁸. En la medida en que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las circunstancias del mismo, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de la imagen¹⁴⁶⁹, sino también una esfera personal, y, en este sentido, privada, de libre determinación; en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad 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 las injerencias externas¹⁴⁷⁰.”

Tras esta parte en que conceptualiza el derecho a la propia imagen, el TC recuerda que tal derecho como cualquier otro derecho, “no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales¹⁴⁷¹”.

¹⁴⁶⁷ SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4

¹⁴⁶⁸ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 156/2001, de 2 de junio, FJ 6; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4.

¹⁴⁶⁹ STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3.

¹⁴⁷⁰ SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 5; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4.

¹⁴⁷¹ SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 6.

Reitera que “existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitarlas. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento, o el interés público en la captación o difusión de su imagen¹⁴⁷²”. Analizando concretamente el caso desde esta perspectiva, el Alto Tribunal pondera en el recurso la difusión o distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la fotografía que le fue tomada al demandante en dependencias policiales el día de su detención con destino a su ficha policial, aunque en ningún momento se cuestione o se impugne en el proceso la captación u obtención por la policía de dicha fotografía, ni la nota de prensa difundida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid sobre las investigaciones policiales y sus resultados, ni, en fin, las noticias aparecidas al respecto en los diversos medios de comunicación. Por ello, el TC razona que su labor inicial se centrará en examinar si la actuación policial cuestionada ha supuesto una intromisión en el contenido del derecho a la propia imagen del recurrente, para determinar posteriormente si, a pesar de ello, esa intromisión, en el supuesto de haber existido, ha resultado o no justificada por la concurrencia de otros derechos o bienes constitucionales más dignos de protección dadas las circunstancias del caso.

El Alto Tribunal admite que puede constituir una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del demandante, de conformidad con la doctrina anteriormente expuesta, la difusión o distribución, sin su consentimiento, por la policía de la reseña fotográfica policial a determinados medios de comunicación, pues la fotografía permitía la identificación del recurrente a través de sus rasgos físicos. Se razona que “La fotografía cuestionada, distribuida por la Jefatura Provincial de la Policía de Valladolid, había sido tomada al demandante de amparo en las dependencias policiales en su

¹⁴⁷² STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6.

condición de detenido, por resultar presuntamente implicado en la comisión de los hechos delictivos objeto de la investigación policial y que habían dado lugar a la apertura de diligencias judiciales, y con la finalidad (...) de que sirviese para su identificación en los reconocimientos posteriores. Asimismo en el mencionado informe se indica que dicha reseña fotográfica conforma el archivo de «reseña de filiación», que junto al biográfico y dactiloscópico es obtenido, administrado y custodiado por la Brigada de la Policía Científica, enviándose sendas copias de la reseña fotográfica al Servicio Central de la Policía Científica y a la Brigada de la Policía Judicial, suministrándose también todas las copias fotográficas que soliciten las Brigadas o Grupos de la Policía Científica y Judicial para la realización de gestiones de carácter profesional. Se trata, pues, de una actuación policial que se enmarca en la misión constitucionalmente conferida a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 104.1 CE), en concreto en el ejercicio de su función, para el cumplimiento de aquella misión, de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial competente, y de captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública.”

No obstante, resalta el Tribunal que la legislación aplicable - arts. 5.1 e) y 5 LOFCS; 443 LOPJ; 282 LECrim; 15 Real Decreto 769/1987, de 19 de junio]; así como, en relación con las personas detenidas, el de respetar en su actuación su honor y dignidad (art. 5.3 LOFCS) - establece que constituye un principio básico de actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado el deber de secreto profesional, que la Ley les impone, al disponer que «deberán guardar riguroso secreto respecto de todas las informaciones que conozcan por razón de su cargo o con ocasión del desempeño de sus funciones», sin perjuicio del deber de colaboración con la Administración de Justicia y de auxiliarla. Además, se recuerda que de conformidad con la ley en aquel momento vigente (art. 20.2 Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal LORTAD), «la recogida y tratamiento automatizado para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas,

están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad». Tales datos, además, de acuerdo con los principios de protección de datos recogidos en el título II de la mencionada Ley, «no podrán usarse para finalidades distintas a aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos» (art. 4.2 LORTAD; también art. 4 LOPD), estando obligados el responsable del fichero automatizado y quienes interviniesen en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal «al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar las relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo» (art. 10 LORTAD; también art. 10 LOPD). Únicamente estaba autorizada su cesión, sin el previo consentimiento del afectado, en los supuestos tasados del art. 11.2 LORTAD, entre los que no se contempla la cesión a los medios de comunicación de datos personales que figuren en los ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (en el mismo sentido, art. 11.2 LOPD)”. Por ello, concluye el TC que “aun cuando en la demanda no se ha invocado la posible vulneración del art. 18.4 CE (...) ha de configurarse la fotografía cuestionada como un *dato de carácter personal* del demandante de amparo, obtenida y captada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el ejercicio de la función constitucional y legalmente conferida de investigación de los delitos y detención y aseguramiento de sus supuestos autores, y respecto al cual sus miembros están obligados en principio al deber del secreto profesional”.

No obstante, el TC señala que “la confidencialidad de la fotografía del recurrente en amparo, difundida por la policía a determinados medios de comunicación, o, en otras palabras, el deber de secreto profesional por el que se encontraba protegido el referido dato personal, no ha de revestir necesariamente carácter absoluto en todos los supuestos, pudiendo resultar justificada en determinados casos, en atención a sus concretas circunstancias, la difusión por la policía de la reseña fotográfica policial de una persona por la concurrencia de otros derechos o bienes constitucionales prevalentes en razón de

dichas circunstancias”. Se plantea, pues, a partir de tal razonamiento, la posibilidad de un supuesto conflicto entre el derecho a la propia imagen y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, “dado que la información escrita y gráfica suministrada por la policía satisface los requisitos de la veracidad y de la relevancia pública, por referirse a asuntos de interés general”, que en palabras del Abogado del Estado, “el derecho de la sociedad en general a ser informada del resultado de la actividad policial en relación con un delito de especial gravedad susceptible de generar la consiguiente alarma social y cuyo total esclarecimiento precisaba la colaboración ciudadana”. En esta línea, el Alto Tribunal reconoce que el derecho a la información, así como la libertad de expresión, al igual que la libertad de creación artística pueden en determinadas circunstancias operar como límite al contenido del derecho a la propia imagen, sin embargo, en el presente caso, rechaza con acierto el aludido planteamiento, pues, asevera que “los sujetos titulares de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla son la colectividad, cada uno de sus ciudadanos y los profesionales del periodismo¹⁴⁷³ (...) pero en ningún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales las instituciones públicas o sus órganos¹⁴⁷⁴”. Aporta el TC la doctrina de la STC 254/1993 que razona que “la información que las Administraciones públicas recogen, conservan y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye *la Ley* y ha de ser, además, adecuada para las *legítimas finalidades previstas por ella*, pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 CE, siendo aquella información luego utilizada por sus distintas autoridades y organismos en el *desempeño de sus funciones*, desde el reconocimiento del derecho a prestaciones sanitarias o económicas de la Seguridad Social hasta la represión de conductas ilícitas, incluyendo cualquiera de la variopinta multitud de decisiones con que los poderes públicos afectan a la vida de los particulares.”

¹⁴⁷³ SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11; 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 2; 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 2, por todas.

¹⁴⁷⁴ En relación con la libertad de expresión, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4; 254/1993, de 20 de julio, FJ 7; en relación con las libertades de expresión e información, ATC 19/1993, de 21 de enero.

El Tribunal Constitucional usa, de forma adecuada, el criterio *ratione materiae* y el *ratione personae* para definir que la finalidad de la recogida de la reseña fotográfica del recurrente se restringía a lo que dice la legislación que rige la materia. Esta línea argumentativa del TC, de que las instituciones públicas o sus órganos no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión, se vincula con la idea que he planteado cuando en el Capítulo I me he referido a la titularidad de los derechos de la personalidad¹⁴⁷⁵. Defendí que por la propia estructura y por el concepto funcional del Estado confiere una *impersonalidad* a los cargos y funciones orgánico-estatales. Además, sería una total incoherencia si se asintiera que las personas jurídico-públicas son titulares de derechos fundamentales indisociables de la persona humana, pues estos tienen como objeto promover la *dignidad de la persona humana*, de la cual el Estado carece. Por ello, en el caso concreto, mientras las *personas humanas* gozan de libertad para expresarse, las instituciones encuentran su *actuación vinculada* a los fines que les asigna el *ordenamiento jurídico*, entre los que no se encuentra ciertamente el de distribuir, a margen de lo que dice la legislación, a determinados medios de comunicación la reseña fotográfica policial de una persona. En otras palabras, la información usada por las autoridades y organismos públicos, en el *desempeño de sus funciones*, ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye *la Ley*, y la conservación y el archivo de informaciones gráficas han de ser congruentes con las *legítimas finalidades legalmente previstas*. Corrobora el Alto Tribunal el razonamiento de que no puede la Administración pública actuar con la misma libertad que sus administrados, pues la actividad administrativa ha de ser *vinculada* a lo que dice la Ley. Sin embargo, es inevitable inferir que si este recurso de amparo tuviese como sujetos pasivos recurridos los periódicos que publicaron tal reseña fotográfica, seguramente el razonamiento del Tribunal Constitucional sería distinto.

Siguiendo el hilo conductor de la sentencia, pese a descartar la existencia de un conflicto entre el derecho a la propia imagen con otro derecho fundamental, el Tribunal no refuta la posibilidad de que puedan concurrir otros bienes constitucionales o de interés público más dignos de protección, dadas las circunstancias del caso. Ante tal hipótesis, el

¹⁴⁷⁵ Vid. Capítulo I, epígrafe 1.6.2.3

TC plantea que “a pesar de haberse producido una intromisión en el derecho del demandante de amparo a la propia imagen, la misma no resulte ilegítima si se revela como *idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental*”. Empieza, pues, el máximo intérprete de la Constitución a vincular la restricción del derecho a la propia imagen con la aplicación del *principio de proporcionalidad*. Admite que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, “o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos”. Para ello, argumenta el Alto Tribunal que “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Valiéndose de esta doctrina en el caso concreto, advierte el Tribunal que “la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE” y que “reviste relevancia e interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo”. Sin embargo, el TC deduce que “la medida tomada por la autoridad administrativa carece

en el momento de su adopción de cualquier fundamentación, la cual sólo ha sido ofrecida a posteriori durante la tramitación del expediente por responsabilidad patrimonial de la Administración promovido por el demandante de amparo, en el que consta el informe emitido, a solicitud de la instructora, por la Jefatura Superior de la Policía de Valladolid, en el que se justifica la distribución de las fotografías de los presuntos autores de los hechos delictivos investigados, entre ellas la del demandante de amparo, «por la trascendencia social que supuso la gravísima agresión y con la pretensión de que algún testigo, dada la hora y zona en que ocurrieron los hechos, pudiese facilitar nuevos datos que permitiesen la localización del tercer individuo interviniente en la agresión»». Además, se pondera que “no puede estimarse que la intromisión que ha padecido el recurrente en amparo en su derecho a la propia imagen se encuentre justificada por los distintos bienes constitucionales e intereses públicos aducidos por la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, la Sentencia de la Audiencia Nacional y por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en sus escritos de alegaciones. Por el contrario, tal medida no se revela como idónea, necesaria ni proporcionada para alcanzar aquellos bienes o intereses que se dicen perseguir con la difusión a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo. En efecto, se aduce al respecto la tranquilidad de la opinión pública, dada la trascendencia social de los hechos delictivos investigados, y la transmisión de mensaje de eficacia policial, con estas denominaciones o las más genéricas de seguridad pública y represión de infracciones penales, como bienes o intereses que legitimarían la intromisión en el derecho a la propia imagen del demandante de amparo. En este caso, dadas sus circunstancias, tales bienes o intereses en modo alguno requerían para su consecución y satisfacción la difusión por parte de la policía de la reseña fotográfica policial obtenida del demandante de amparo a los fines de la investigación y esclarecimiento de los hechos investigados, pues identificados los presuntos autores de los hechos delictivos, y encontrándose detenido el demandante, su satisfacción se alcanzaba perfectamente, sin merma alguna, informando a la opinión pública sobre las investigaciones policiales llevadas a cabo, sus resultados positivos, la detención de dos de las personas presuntamente implicadas en los hechos investigados y la búsqueda de la tercera que se encontraba huida e identificada por su propia reseña fotográfica. En este sentido no puede dejar de resaltarse la contradicción que se advierte

en la actuación policial, en cuanto, de un lado, en la *nota de prensa* emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid *se oculta respetuosamente la identidad* del demandante de amparo, al que únicamente se le identifica, como al otro detenido, con su nombre propio y las siglas de sus apellidos; y, de otro lado, *se procede a difundir y distribuir a determinados medios de comunicación la reseña fotográfica policial* de una persona sin relevancia pública, como lo es el demandante de amparo, *reseña fotográfica que constituye la máxima expresión de su identidad*. E igual conclusión ha de alcanzarse en relación con la argumentación de que la *finalidad pretendida* con la difusión de la reiteradamente mencionada reseña fotográfica policial del demandante de amparo era la de hacer saber a la persona huida que su cerco era más estrecho y la de lograr la colaboración ciudadana en su detención. Finalidades éstas, sin duda, perfectamente legítimas, pero para *cuya consecución y satisfacción tampoco se releva* como *idónea, necesaria y proporcionada* la difusión por parte de la policía de aquella reseña fotográfica, pues *para alcanzarla bastaba con hacerle saber a la persona huida que estaba identificaba, que se la estaba buscando y que se encontraban detenidas las otras dos personas implicadas en los hechos investigados*, extremos éstos que figuraban en la nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid a los medios de comunicación, *pudiendo justificar también la pretendida colaboración ciudadana para su detención la difusión de la fotografía de la persona huida, pero no la de quien, como el demandante de amparo, se encontraba ya detenido, pues nada aportaba a la finalidad perseguida*".

Esta sentencia expresa de la idea que he defendido en este trabajo sobre los límites del derecho a la propia imagen. Incluso, la he citado en nota al pie cuando se han estudiado los supuestos de intromisiones legítimas en tal derecho, relacionadas a la investigación estatal. Tras identificar los bienes o intereses que se dicen perseguir con la distribución a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante, utilizando, de forma coherente, el principio de proporcionalidad, afirma el TC que la medida administrativa no se revela como idónea, necesaria ni proporcionada para alcanzar los fines que se han invocado como causa de justificación. En efecto, podría decirse que existe idoneidad cuando se publica la reseña fotográfica del recurrente, pues

la persona está lógicamente vinculada a los hechos objeto de la información. No obstante no era *necesario* que, para “la tranquilidad de la opinión pública, dada la trascendencia social de los hechos delictivos investigados, la transmisión de mensaje de eficacia policial y para hacer saber a la persona huida que su cerco era más estrecho y la de lograr la colaboración ciudadana en su detención”, se divulgasen tales fotografías del demandante. Era innecesario, porque, como el propio TC admite, existen, de modo obvio y notorio, otras alternativas más moderadas y susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia. Se podría, por tanto, de modo igualmente satisfactorio, transmitir la información sin que se facilitara a los medios de comunicación tal reseña fotográfica. Fue también *desproporcionado* en sentido estricto, pues ha generado, de modo patente, más perjuicios al solicitante de amparo, el cual fue *voluntariamente* al distrito policial y posteriormente *absuelto* de las acusaciones, que beneficios a la sociedad. Por todo ello, concluye el TC que la difusión o distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica tomada al demandante de amparo el día de su detención en dependencias policiales con destino a su ficha policial vulneró su derecho a la propia imagen.

STC 72/2007, de 12 de abril: el caso “La Guardia Civil”

La causa de esta decisión del Tribunal Constitucional tiene su origen en el hecho de que una Sargento de la Policía Municipal de Madrid, formuló demanda contra la sociedad editora del periódico “Diario 16”, su director y un fotógrafo, por una presunta intromisión en su derecho a la propia imagen. El periódico “Diario 16” publicó en la portada del número correspondiente al día 2 de octubre de 1992 una fotografía tomada durante una actuación de la policía municipal de Madrid en auxilio a una comisión judicial para el desalojo de determinadas viviendas, fotografía en la que la demandante de amparo aparece en primer plano y con el rostro perfectamente visible, vestida con su uniforme oficial y en actitud de inmovilizar y detener a una persona en el suelo; en el pie de foto, bajo el titular “Desalojo violento”, se lee lo siguiente: “Seis personas heridas y un detenido es el balance del violento desalojo realizado ayer por la Policía Municipal en el barrio de Bilbao, en Ciudad Lineal. En la imagen, una agente detiene a uno de los once

vecinos desahuciados –cuatro de ellos niños–, que se encerró en el interior de su vivienda para evitar el desalojo”. Para más información se remite al lector a la página 21 del mismo periódico. Días después, en la información aparecida sobre el mismo desalojo en la página 27 del periódico “Diario 16” en su número del 9 de octubre de 1992, se incluyó una fotografía de los afectados por el desalojo en actitud de protesta, en la que se observa la utilización de la fotografía de la demandante aparecida en la referida portada del periódico del 2 de octubre de 1992. Tras las decisiones de instancia, llega la queja de amparo al Tribunal Constitucional. En la demanda la recurrente alega formalmente la vulneración del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE), “pero real y efectivamente ha de entenderse formalizada solamente la primera, ya que en ella se halla comprendida, tal y como se formula, la relativa a la tutela judicial efectiva”. La alegación de la sargento es que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta que el medio de comunicación no solicitó su consentimiento para la publicación de la fotografía controvertida y tampoco valoró que la demandante, por razón de su profesión, tenía derecho a permanecer en el anonimato. Además, el derecho a la información no hubiera sufrido merma alguna evitando la plena identificación de la demandante, toda vez que la noticia del desalojo violento habría llegado igual a los lectores si se hubieran empleado técnicas de difuminación u ocultamiento del rostro de la demandante en la fotografía publicada en el periódico.

Se está, por tanto, ante un auténtico caso de conflicto entre el derecho fundamental a la propia imagen y la libertad también fundamental de información. Recuerda el Tribunal la doctrina establecida sobre el derecho a la propia imagen en sus sentencias anteriores, y reafirma que éste “se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado”. También refuerza que no se puede decir que el derecho a la propia imagen “en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los

rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales, señaladamente las libertades de expresión o información”. Concretamente sobre la demanda, se traen a colación los artículos de la LOPHIPI que orientan la resolución para este tipo de conflicto. El art. 7.5 de la Ley prevé como supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen “La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2”. El art. 8.2 dispone que no se reputará ilegítima: “a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público (...) c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio”. El mismo artículo, en su párrafo final, establece que la excepción contemplada en el apartado a) no será de aplicación “respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

El Tribunal desestima la queja de la demandante de amparo por cuatro motivos: 1) “ha de tenerse presente que el examen de la fotografía y del texto que la acompaña pone de manifiesto que estamos ante un documento que reproduce la imagen de una persona en el *ejercicio de un cargo público* —la propia demandante de amparo admite expresamente que por su condición de Sargento de la policía municipal de Madrid desempeña un cargo público— y que la fotografía en cuestión fue captada con motivo de un *acto público* (un desalojo por orden judicial, que para ser llevado a cabo precisó del auxilio de los agentes de la policía municipal, ante la resistencia violenta de los afectados), en un *lugar público* (una calle de un barrio madrileño), por lo que en modo alguno resulta irrazonable concluir, como se razona en la Sentencia impugnada, que concurre el supuesto previsto en el art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982”; 2) es “incuestionable que la información que se transmite por el periódico es *veraz* y tiene

evidente *trascendencia pública*”; 3) “la fotografía en cuestión (y pese a lo que se alega en la demanda de amparo) tiene *carácter accesorio* respecto de la información publicada y no refleja a la demandante realizando cosa distinta que no sea el estricto cumplimiento de su deber, como igualmente se explica en la Sentencia impugnada, por lo que tampoco resulta irrazonable concluir que concurre el supuesto previsto en el primer inciso del art. 8.2 c)”;

4) “aunque es cierto que la utilización de cualquier técnica de distorsión u ocultamiento del rostro de la demandante habría posibilitado que la noticia del desalojo violento hubiera llegado a los lectores de igual manera y sin merma alguna, como se sostiene en la demanda de amparo, no lo es menos que, tal como se afirma en la Sentencia recurrida en amparo, no estamos ante un caso concreto que exija el anonimato, sin perjuicio de que en otros pudiera exigirlo (...) en contra de lo que se aduce por la demandante de amparo, no cabe apreciar que, en las circunstancias de este caso, *existan razones de seguridad* para ocultar el rostro de un funcionario policial por el mero hecho de intervenir, en el legítimo ejercicio de sus funciones profesionales, en una actuación de auxilio a una comisión judicial encargada de ejecutar una orden de desalojo, ante la decidida resistencia de los ciudadanos afectados”.

Como puede apreciarse, esta sentencia contempla el análisis de los tres criterios expuestos en esta investigación, a los cuales acude para dirimir el conflicto entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la información: *ratione personae*, *ratione loci* y *ratione materiae*. En cuanto al primero de estos (*ratione personae*) no se discute que la demandante de amparo desempeña un *cargo público*, Sargento de la policía municipal de Madrid, y estaba en el ejercicio de una *función pública* cuando se produjo la intromisión en su derecho a la propia imagen. De otra parte, se ha de admitir que la fotografía en cuestión fue captada en el momento en que se producía un *acto público* en un *lugar público* (*ratione loci*). Por supuesto, la información de un desalojo por orden judicial, que para ser llevado a cabo precisó del auxilio de los agentes de la policía municipal, ante la resistencia violenta de los afectados, posee *relevancia pública*, además de cumplir el límite de la *veracidad* para la publicación de la noticia (*ratione materiae*).

No obstante, quizás el único criterio que tendría validez para cuestionar la legitimidad de la intromisión era el de la accesoriedad. Es cierto que para que sea adjetivado accesorio, el retrato ha de ocupar un espacio relativamente reducido en relación al objeto principal. Como se ha visto¹⁴⁷⁶, la inserción en el texto legal del adverbio de modo “*meramente*”, quiere decir el derecho a la propia imagen no impedirá los casos en los que la imagen de la persona aparezca *solamente, simplemente*, como accesorio a la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público. Revela la norma legal la característica residual que ha de tener la imagen humana en la toma fotográfica informativa, pues si es una imagen lo que la información gráfica destaca, esta pasa a ser la principal de la noticia gráfica, y ahí se configuraría una minoración de la palabra *accesoria*, y por consiguiente, se estaría ante un caso de intromisión ilegítima.

La sentencia se basa en que la “fotografía en la que la demandante de amparo aparece en *primer plano y con el rostro perfectamente visible*, vestida con su uniforme oficial y en actitud de inmovilizar y detener a una persona en el suelo”, pero como no me es posible visualizar la fotografía, no puedo opinar, de forma inequívoca, sobre el protagonismo o no de la sargento en el retrato. La sentencia, en el fundamento jurídico quinto, explica que “la fotografía en cuestión (y pese a que se alega en la demanda de amparo) tiene carácter de accesorio respecto de la información publicada y no refleja a la demandante realizando cosa distinta que no sea el estricto cumplimiento de su deber”. El Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, en su voto particular, plantea que “es cierto que en un artículo de prensa que tiene como titular «desalojo violento», la imagen gráfica que se emplea para ilustrarlo es, en los propios términos del Tribunal Supremo, la de una agente de policía ejerciendo su profesión, cumpliendo con su deber y sin siquiera relevar una actitud violenta. Y una fotografía, además, en la que la demandante (no era, desde luego, la protagonista de la noticia ni tuvo especial relevancia en el desarrollo de los hechos, sino que se limitó a ser una agente más del grupo que tomó parte en el operativo), no aparece accidentalmente, ni tampoco de modo marginal, colateral, accesorio o secundario. Por el contrario, *la imagen de la demandante está situada en el primer plano de la fotografía, ocupando la mayor parte del espacio disponible y*

¹⁴⁷⁶Vid.: Capítulo IV, epígrafe 4.4.1.1

constituyendo el principal y casi exclusivo centro de atención. La imagen gráfica publicada para ilustrar la noticia sobre el desalojo violento es, de hecho una fotografía de grandes dimensiones de la demandante, en el momento de inclinarse sobre un ciudadano, que estaba tendido en el suelo. La realidad es que, en esta fotografía, todo, salvo, la propia imagen de la demandante, es accesorio, marginal y secundario.”

En este sentido, parece que el TC hizo un análisis exclusivamente formal de la foto, pues la separa de la noticia en sí misma. Dicho con otras palabras, el Alto Tribunal no examina la sustancia de la imagen que consta en la toma fotográfica y, por consiguiente, no considera el protagonismo que la sargento tiene en el retrato. De manera análoga, podría ser aplicado el razonamiento de MANZANARES SAMANIEGO, que al analizar el artículo 23 de la Ley Alemana de 9 de Junio de 1907, sostiene que en lo que “atañe a los policías que vigilan o acompañan la reunión o manifestación, fácil será que su propio actuar les haga irreconocibles, de modo que el problema no llegaría a plantearse. De otro lado, estos funcionarios disfrutan, en principio, como cualquier persona, del derecho y garantías proclamadas en el art. 22. Habrá de evitarse, pues, tanto su representación separada, como la posibilidad de que sean identificados. Ciertamente, en la ponderación de intereses poco importará su identidad para la reproducción gráfica del suceso. Tampoco esa actuación profesional basta para transformar a cada policía en protagonista del momento¹⁴⁷⁷”. En esta misma dirección, no sin razón GARCÍA AMADO, al comentar esta sentencia, sostiene que el carácter de accesorio de la fotografía respecto de la información publicada no es motivo que abone la legitimidad de la publicación de forma tal que se reconozca la agente, sino que más bien debería ser un argumento que “pesaría” en sentido contrario. Resalta que se ha de razonar sobre la importancia de la instantánea para la transmisión de la información y cuestiona “¿qué interés público existe en que se pueda reconocer a la agente? ¿Sigue siendo accesorio la imagen cuando la figura de la persona retratada ocupa su centro y resulta perfectamente reconocible?¹⁴⁷⁸”.

¹⁴⁷⁷ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “El derecho a la propia imagen en el Derecho alemán...cit., p. 6128.

¹⁴⁷⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2007” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 733, 2007, p. 1-10.

De todos modos, parece que el Tribunal Constitucional, en este supuesto, no ha adoptado el principio de proporcionalidad para evaluar si hubo o no una ilegítima intromisión en el derecho a la propia imagen de la recurrente, sino que ha utilizado el estadounidense *principio de conexión lógica*, y justifica, además, que no existían *razones de seguridad* para ocultar el rostro de un funcionario policial. Empero, en mi opinión, para que no quedaran dudas sobre la licitud del uso de la imagen de la sargento en la noticia, habría de ser discutida, de manera clara y objetiva, la accesoriedad de la foto en la toma fotográfica. No creo, tampoco, que no existían razones de seguridad para que se ocultaran los rasgos físicos que identifican a la sargento, pues sería, sobretodo, prudente, dificultar su identificación, justamente por el cargo que ejerce. Aunque no se analizara desde esta perspectiva, existía una razón de rango constitucional para que procediese tal omisión: la *individualidad*, la *dignidad humana* de la recurrente representada en su *derecho fundamental a la propia imagen*. Si la imagen de la guardia es la protagonista en la fotografía, el propio Tribunal expresamente admite que para la finalidad de la información *no era necesaria* la representación gráfica *del rostro* de la figura de la demandante. Con acierto, el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel cuestiona, en su voto particular “qué necesidad existía de afectar tan gravemente el derecho a la propia imagen de la demandante, ni qué merma habría sufrido el derecho a la libertad de información si no se hubiera comprometido tan gravemente su imagen o, simplemente si, empleando los recurso tecnológicos apropiados (tan habituales, por otro lado), se hubiera evitado su plena identificación. La publicación de la imagen de la demandante en la forma en que se hizo no se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, ni como proporcionada para lograrlo, ni se llevó a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental (...). El interés público a la información era perfectamente compatible con el respecto al derecho a la propia imagen de la agente policial. Ni la propia conducta de la demandante, ni las circunstancias en que se encontraba inmersa, justificaban el descenso de las barreras de reserva que aseguran dicho derecho fundamental, y ello simplemente porque no era preciso para que prevaleciera el interés público o ajeno, que no colisionaba con el derecho a la propia

imagen, en cuanto había espacio suficiente para acomodar, perfectamente y sin merma alguna, ambos derechos”.

Examinando el caso concreto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, podría defenderse la idoneidad de la publicación de la foto, por los motivos anteriormente expresados en la sentencia. Sin embargo, coincidiendo con la opinión del voto particular, ha de reputarse innecesaria la reconocibilidad de la recurrente con la publicación de la citada fotografía de portada, toda vez que la publicación de la *facies* de la demandante deviene inútil o superflua para la información sobre el desalojo comentado. Es, *data venia*, manifiestamente incoherente el razonamiento expuesto en la sentencia de que “es cierto que la utilización de cualquier técnica de distorsión u ocultamiento del rostro de la demandante habría posibilitado que la noticia del desalojo violento hubiera llegado a los lectores de igual manera y sin merma alguna” y después se declara que es legítima la intromisión. En otras palabras, se admite que existe, a todas luces, otra alternativa más moderada y susceptible de alcanzar el objetivo periodístico con *igual grado de eficacia*, pero no se preserva el derecho fundamental a la propia imagen de la actora. Por ello estimo que, si la fotografía no es accesorio, ha sido desproporcionado su uso, también, en sentido estricto, por generar, de forma evidente, un perjuicio cierto al derecho fundamental a la propia imagen garantizado en la Constitución Española.

Tras el desarrollo de la teoría de los derechos de la personalidad, de la formulación de un concepto del derecho a la propia imagen, del análisis de este derecho y de su aplicación en los sistemas constitucionales ibéricos, estimo que este trabajo de investigación posee una fundamentación suficiente para proceder a la interpretación de lo que dice la Constitución Brasileña sobre este tema. *Ab initio*, siendo congruente con mi propuesta de estructuración formal del trabajo es necesario trazar un breve boceto de las Constituciones históricas brasileñas y de su relación con el derecho a la propia imagen. Después, analizaré la regulación de la Constitución de 1988 sobre este derecho, el desarrollo legislativo del mismo y, por último, la jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal* sobre el derecho a la propia imagen.

5.1. La Historia Constitucional brasileña y el derecho a la propia imagen

El constitucionalismo de Brasil¹⁴⁷⁹, como escribe BONAVIDES, puede ser dividido en dos importantes y distintas fases: el constitucionalismo imperial, cuyo período de duración fue de sesenta y cuatro años, y el constitucionalismo republicano, implantado en el país en 1889, y que prosigue hasta hoy¹⁴⁸⁰. La primera fase se vincula a la llegada, en 1808, de D. João VI a tierras brasileñas. El establecimiento de la Corte Real en Rio de Janeiro dio lugar a un cambio de *status*, significativo para la colonia lusitana territorialmente más extensa. En 1815, una ley de 16 de diciembre, eleva a Brasil a la categoría de *Reino Unido* a Portugal, quebrantando formalmente el sistema colonial y el monopolio de la metrópoli. La monarquía dual intentó consolidar su situación política con el apoyo, en Brasil, de una élite-económica que se sustentaba en las grandes propiedades agrícolas y en un vasto capital invertido en la esclavitud¹⁴⁸¹. Empero, las nuevas ideas liberales de Europa, como el Liberalismo, el Parlamentarismo, la Democracia y el Constitucionalismo, importadas por la aristocracia intelectual brasileña, graduada en su mayoría, en las universidades europeas, especialmente en la Universidad de Coimbra¹⁴⁸², hicieron dominantes, precisamente en Brasil, los planteamientos del liberalismo doctrinario, pues, como afirma VIVAR FLORES, la posibilidad de la recolonización y/o el peligro que significaba una adopción brasileña del liberalismo radical (estilo Haití), motivó que la élite de propietarios fisiócratas asumiera, en su praxis política, ese liberalismo ecléctico, de moda en aquel tiempo¹⁴⁸³. Estos ideales inspiraron la independencia de Brasil, proclamada por D. Pedro I, quien, tras el retorno de la familia real a Portugal el 26 de abril de 1821, había sido declarado

¹⁴⁷⁹ Para estudiar mejor la Historia Constitucional de Brasil *vid*: MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de Direito Constitucional brasileiro*. Revista Forense, 1968; BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. OAB Editora, 2002; BONAVIDES, Paulo; AMARAL VIEIRA, R. A. *Textos políticos da história do Brasil*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, s/f; LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1915; VARELA, Alfredo. *Direito Constitucional Brasileiro (Reforma das Instituições Nacionais)*. Brasília: Senado Federal, 2002; FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Supremo Tribunal Federal, 2003.

¹⁴⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. “As quatro crises do Brasil constitucional” en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, (coord. por Raúl Morodo Leoncio, Pedro de Veja), Vol. 2, 2001, p. 755-778.

¹⁴⁸¹ WHELING, Arno. “A ruptura e a continuidade no Estado Brasileiro, 1750-1850” en *História Constitucional*, nº 5, 2004.

¹⁴⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, São Paulo, 2007, p. 73.

¹⁴⁸³ VIVAR FLORES, Alberto. “El liberalismo constitucional en la fundación del Imperio brasileño” en *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 6, 2005. <http://hc.rediris.es/06/index.html>.

Príncipe Regente, pero que con el desgaste de la relación con las Cortes Lusitanas y la alta popularidad que estaba logrando en tierras brasileñas, decidió, el 7 de septiembre de 1822, junto al Riacho Ipiranga, romper definitivamente los vínculos políticos con Portugal¹⁴⁸⁴.

En este contexto, el principal problema que el nuevo país había de solucionar era el de dotar de unidad nacional al territorio. Para tal objetivo, era imprescindible la estructuración de un poder central y una organización nacional que redujera el peso de los poderes regionales y locales, que tenían una presencia efectiva en la realidad brasileña. El constitucionalismo, de este modo, fue la respuesta a tal interrogante político, que culminó en la elaboración de una constitución escrita. Otorgada por D. Pedro I, tras su elaboración por un Consejo de Estado, la *Constituição do Império* de 1824, de 25 de marzo, tuvo una gran influencia formal y material, como ya se ha afirmado en este trabajo, de la Constitución Portuguesa de 1822 y de la Constitución de Cádiz de 1812¹⁴⁸⁵. En efecto, este “primer” texto constitucional de Brasil representa un compromiso entre las ideas liberales y la tradición monárquica europea, lo cual se constata en su sistematización, en la importancia conferida a los derechos individuales y en el relieve otorgado a la posición del Emperador¹⁴⁸⁶.

La Constitución de 1824, en sus ciento setenta y nueve artículos, estableció un Estado unitario, la organización política, la declaración de derechos, y las normas básicas de organización de las provincias. Instituyó como forma de gobierno la monarquía hereditaria, constitucional y representativa. El texto tenía algunas características peculiares, como la incorporación de un Poder Moderador atribuido al Emperador, herencia inmediata de las tesis de Benjamin Constant. Tal influjo se percibe en la formulación cuatripartita del poder: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder

¹⁴⁸⁴ Recuerda BRANCATO (Braz Augusto A. “D. Pedro I de Brasil e VI de Portugal e o constitucionalismo ibérico” en *História Constitucional (revista eletrônica)*, nº 5, 2004) que se cogitó la hipótesis de que D. Pedro I fuera también proclamado Rey de España en 1826.

¹⁴⁸⁵ Resalta BONAVIDES (Paulo. “O constitucionalismo espanhol e seu influxo no Brasil (de Cádiz a Moncloa)” en *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, coord. por Francisco Fernández Segado, 2003, p. 197-220, p. 204) que “A mais pefunctória análise de direito constitucional comparado que coteje a Constituição Brasileira do Império com a Constituição de Cádiz, de 19 de março de 1812, há de evidenciar a perfeita identidade ideológica e comunhão filosófica de princípios políticos das duas Constituições”.

¹⁴⁸⁶ Como se ha visto en el Capítulo IV epígrafe 4.1, formalmente, aunque por un efímero lapso temporal de veinticuatro horas, la primera Constitución de Brasil fue la Española de Cádiz, de 1812.

Ejecutivo y Poder Judicial. El Poder Moderador tenía el derecho de convocar y de disolver la Cámara, y el derecho de elegir a los senadores, circunstancia que dibujó el perfil del Senado y del Consejo de Estado, que en la práctica se convirtieron en órganos conservadores, sofocando así los movimientos liberales dentro del Congreso, y reforzando la supremacía del Poder Moderador. Podía el Emperador escoger libremente a sus Ministros de Estado, así como también cesarlos. A través de tales Ministros, el Emperador actuaba, de modo decidido, en las provincias, por encima de su autonomía. Además, el Emperador también poseía la atribución de suspender a los magistrados, completando, de este modo, su contundente y amplia influencia centralizadora sobre todos los demás Poderes. Otra de las particularidades de la Constitución Imperial es la semirrigidez de su texto, basada en la identificación de tópicos materialmente constitucionales (organización del Estado, de los Poderes políticos y derechos individuales), que solamente podrían ser objeto de reforma según un procedimiento más difícil del previsto para la legislación ordinaria, y de otros que, a pesar de estar insertos en la Constitución, no podrían ser considerados como típicamente constitucionales. Implantó el régimen parlamentario, manteniéndolo a lo largo de toda su vigencia. Establecía la primera *Constituição* el sufragio censitario, excluyendo del derecho a voto, en los artículos 92 y 94, a quienes no tuviesen una renta mínima anual.

En cuanto al derecho a la propia imagen, la Constitución Imperial no lo trató de modo explícito, o sea, no lo insertó en su texto. Sin embargo, hay autores que sostienen que el artículo 179, inciso VII, cuando prescribe la inviolabilidad del domicilio (característica de la intimidad), también regula el derecho a la propia imagen, aplicándose *in casu* una interpretación extensiva¹⁴⁸⁷. Por otro lado, otros la rechazan, aduciendo que la protección constitucional a la propia imagen sólo fue contemplada en la Constitución de 1891. Aunque no estuviera expresada formalmente, la intención del constituyente de 1824 tiende a proteger, en cierto modo, la intimidad de las personas. Por supuesto, la interpretación de un texto constitucional no es la misma que la de una ley ordinaria, pues el grado de abstracción del texto constitucional permite extraer principios que podrían garantizar el derecho a la intimidad. De todos modos, dado el contexto histórico-fáctico tanto del derecho a la intimidad como del derecho a la propia

¹⁴⁸⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 54.

imagen, creo que sería incoherente inferir la existencia de la tutela constitucional de esos dos derechos de la personalidad.

Siguiendo con el bosquejo histórico, el Poder Moderador, el cual inicialmente había sido pensado para solucionar la dispersión político-territorial, se convirtió, como era de esperarse, en un instrumento que anulaba cualquier pretensión de los liberales. Del desgaste y de la insatisfacción de este régimen resultó el fortalecimiento de los ideales republicanos y federalistas. En 1889 las fuerzas descentralizadoras ponen fin al Imperio, proclamando la República, formalizando tal acto en el texto del Decreto nº 1, de 15 de noviembre. Los republicanos, civiles y militares, instalaron un gobierno provisional, cuya presidencia ocupaba el *Marechal* Deodoro da Fonseca. El 3 de diciembre se designó una comisión de cinco ilustres republicanos, para un proyecto de constitución, el cual más adelante fue denominado *Constituição aprovada pelo Executivo*, que serviría de cauce para los debates en la Asamblea Constituyente, que sería convocada más adelante. El 15 de septiembre de 1890 se eligió la Asamblea Constituyente, presidida por Prudente de Moraes, que se instaló en el *Palacio São Cristóvão*, el 15 de noviembre. Poco más de tres meses después, ya se tenía elaborada y aprobada la primera Constitución republicana de Brasil.

En 1891, pues, empieza la segunda fase del constitucionalismo brasileño con la denominada *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Se instauró la forma federal de Estado, transformando las antiguas provincias en entes políticos regionales, incorporando el régimen presidencial y la República como forma de gobierno¹⁴⁸⁸. Rui Barbosa, el jurista de mayor influencia en la primera Constitución republicana, junto a otros constituyentes, prácticamente trasladaron tanto el régimen de gobierno presidencial cuanto la forma de Estado federal de los Estados Unidos de América¹⁴⁸⁹. Se adoptó la división tripartita del poder, de Montesquieu, estableciendo como poderes del Estado el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, fórmulas políticas estas que perduran hoy. Ésta es la Constitución Brasileña más pequeña, con el texto

¹⁴⁸⁸ Copiado del modelo estadounidense, con cierta similitud a la opción que habían hecho México y Argentina.

¹⁴⁸⁹ FROTA ARAÚJO, Francisco Régis. “Organização Constitucional do Estado Federal: Aproximações ao Modelo Brasileiro” en *Revista Galega de Economía*, vol. 14, núm. 1-2, 2005, pp. 1-22.

permanente compuesto de noventa y un artículos y las disposiciones transitorias de sólo ocho. Estuvo influida, como se ha dicho, por la Constitución estadounidense de 1787¹⁴⁹⁰, en la cual también se inspiró para crear el *Supremo Tribunal Federal*, la Justicia Federal; el control judicial difuso de constitucionalidad, la intervención federal, el bicameralismo, el reparto de competencias entre la Federación y los entes federados, y el modelo de autonomía municipal. Esta Constitución, empero, fue reformada en profundidad en 1926, durante el gobierno del Presidente Artur Bernardes.

Es oportuno indicar que la primera Constitución republicana instituyó, por primera vez en el ámbito constitucional, el *habeas corpus*, para la defensa de la libertad individual frente a los actos arbitrarios de las autoridades, pero, dicho *writ* fue utilizado también para la tutela judicial de otros derechos. Conviene recordar que la Constitución Republicana reguló, extensamente, una serie de principios, derechos y garantías, como la igualdad formal ante la ley, la libertad de culto, la libertad de asociación y de reunión, la libertad de pensamiento, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la “ampla defesa”, la presunción de inocencia y otros más. Aparte de los innovadores derechos y garantías positivados por el texto constitucional republicano, no hubo un tratamiento específico del derecho a la propia imagen. Aun así, esta Constitución, en el artículo 78, estableció una cláusula expresa de no exclusión de otros derechos. Esa cláusula se insertó por influencia de la Enmienda IX, de la Constitución de los Estados Unidos de América. Se podría afirmar que por este motivo, quizás, cupiera hablar de la protección constitucional del derecho a la propia imagen. Sin embargo, como se ha analizado, la construcción jurídica de tal derecho, en esta época, estaba en su génesis, lo que lleva a reforzar la idea ya expresada en la interpretación de la Constitución de 1824¹⁴⁹¹. En otras palabras, aunque *formalmente* se puede incluir la tutela del derecho a la propia imagen en la cláusula expresa de no exclusión de otros derechos, que conformó la intención del *iter constituyente* de proteger a la persona humana, *materialmente*, por el contexto histórico de su teorización jurídica, no sería coherente deducir que ya existía en la Constitución de 1891 una protección de tal derecho.

¹⁴⁹⁰ No obstante la intención de reproducir en territorio brasileño las ideas estadounidenses, el federalismo en Brasil tuvo la característica de ser centrífugo, mientras que en los Estados Unidos era, claramente, centrípeto.

¹⁴⁹¹ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.1

Las características formales de la Constitución Republicana no conectaron con la realidad del país¹⁴⁹². Su eficacia social también se vio comprometida por la institución de un sistema constitucional que debilitó al poder central y favoreció la madurez de la política aristocrática regional en Brasil. El gobierno central no era capaz de sostenerse sin el apoyo de los poderes regionales. Todo esto llevó al fortalecimiento de las oligarquías y contribuyó al inexpresivo papel de los partidos políticos, configurando el período denominado de *política dos Governadores*. El poder de los gobernadores tenía como aliado el fenómeno del *coronelismo*, el cual se basaba en la coerción, en la fuerza local, y en el intercambio de favores y beneficios. El *coronelismo* fue fundamental en esta época, pues su red elegía a los gobernadores de los estados-miembros, a los diputados federales y a los senadores. Todos ellos imponían sus reglas y peticiones al Presidente de la República, creándose, por tanto, un sistema político materialmente distinto del que preveían los preceptos de la Constitución¹⁴⁹³.

La citada reforma de 1926 se produjo a través de una enmienda constitucional que intentó, sin éxito, adecuar la Constitución formal a la realidad, pero aquella tampoco impidió la lucha contra el ambiente político que efectivamente se adueñaba del país. A finales de la década de los 30, ya se sentía el hundimiento de la llamada “Primeira República”, un sentimiento que se reforzó porque el presidente Washington Luís quebrantó la regla de alternancia política entre *mineiros* y *paulistas* en la Presidencia de la República, herencia de la famosa “*política do café com leite*”, designando al paulista Júlio Prestes para la sucesión. Se crea, pues, una “Aliança Liberal”, agrupando a políticos e intereses de varios Estados-miembros, del *Rio Grande do Sul* a los de la región *Nordeste*, que apoyaban al antiguo ministro de Hacienda, el gaucho Getúlio Vargas. Tal grupo pierde las elecciones, pero la revolución era inminente. En octubre de 1930 eclosionó la Revolución en *Rio Grande do Sul* y con el jefe de gobierno de ese Estado-miembro, Getúlio Vargas, se aliaron los de *Minas Gerais*, Antônio Carlos, y de *Paraíba*, João Pessoa. Las fuerzas armadas depusieron al presidente en ejercicio el 24 de Octubre, formando una junta gubernativa militar

¹⁴⁹² FERREIRA SANTOS, Gustavo. “A Constituição da Primeira República Brasileira” en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº 4, junio de 2003.

¹⁴⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional ...cit.*, p.80-81.

provisional, la cual transmitiría, poco después, el poder a Getúlio Vargas¹⁴⁹⁴. Con éste líder civil de la Revolución en el poder, las cuestiones sociales se convierten en prioridad. Se crea, por ejemplo, el Ministerio del Trabajo, y se incentiva la política de promoción de la Educación y de la Cultura. El 3 de febrero 1932 se promulga el Código Electoral que intentó acabar con la llamada *política dos Governadores* y, por consiguiente, con el arbitrario poder del *coronelismo*. El gobierno provisional, mediante el Decreto n° 21 402, de 14 de Mayo de 1932, estableció una fecha para las elecciones de la Asamblea Constituyente, que serían celebradas el 3 de Mayo de 1933. Pese al surgimiento y derrota de la denominada *Revolución Constitucionalista* en São Paulo, el 9 de Julio de 1932, que tuvo a Pedro de Toledo como figura simbólica, se mantuvo la convocatoria y se eligió la *Constituinte* que, posteriormente, el 16 de julio de 1934, proclamó la segunda constitución republicana de Brasil.

La Constitución de 1934 mantuvo la forma de Estado y el régimen político, establecidos en la Constitución anterior, o sea, República Federal, Presidencialismo, Derechos y Garantías Fundamentales. Sin embargo, amplió, de modo elocuente, los poderes de la *União*, enumerados en los artículos 5° y 6°. Se inspiró en el constitucionalismo social de la primera postguerra, incorporando al texto un catálogo de derechos económicos y sociales, siguiendo el ejemplo de la Constitución Mexicana de 1917 y, principalmente, de la Constitución alemana de Weimar, de 1919. Con ciento ochenta y siete artículos en la parte permanente y veintiséis en las disposiciones transitorias, reguló el orden económico y social, la protección de la familia, la educación y la cultura, y los derechos individuales de los trabajadores. Instituyó las Justicias del Trabajo, la Militar y la Electoral (regulando el sistema electoral), aumentando las competencias de la Unión Federal, dado el creciente intervencionismo en los dominios económico y social y la consecuente reducción de la autonomía de los estados-miembros. Estableció la creación del *mandado de segurança*, optó por el unicameralismo en el ámbito legislativo (el Senado como órgano de colaboración de la Cámara de los Diputados) e instituyó las tres garantías de los jueces (cargo vitalicio, inamovilidad y no reducción de sueldos). Fue reformada tres veces en 1935.

¹⁴⁹⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. “Do constitucionalismo brasileiro: Uma introdução histórica (1824-1988)” en *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 8, 2007, <http://hc.rediris.es/08/index.html>.

Sobre la protección constitucional del derecho a la propia imagen, se constata que se ha de aplicar el mismo razonamiento implícito ya expuesto para la Constitución de 1891, haciendo el uso de la interpretación extensiva del inciso 16, del artículo 113. El artículo 114 aseguraba otros derechos y garantías no expresas en el texto constitucional, que se dedujeran del régimen y de los principios adoptados por la Constitución. Resulta más sensato, pues, reiterar la misma labor hermenéutica con relación a esta previsión implícita y denegar una posible protección abstracta del derecho a la propia imagen.

Volviendo al hilo cronológico de la historia constitucional de Brasil, hay que recordar que las ideologías totalitarias del período de entreguerras también encontraron resonancia en tierras brasileñas. La disputa ideológica, el fortalecimiento y la organización del partido comunista llevaron a que Getúlio Vargas disolviera el Congreso. En este contexto, el caudillo otorga la denominada Constitución “Polaca” y da inicio al denominado *Estado Novo*. Se basó el texto constitucional en la Constitución de Polonia vigente en la época. Calificada de semántica, la mayoría de sus ciento ochenta y siete artículos permanecieron en el nominalismo, pues había una intensa concentración de poderes en las manos del Presidente de la República. No se previó el “mandado de segurança”, ni tampoco las reglas para la Justicia Electoral, pero, por ejemplo, admitió la excepción de la cosa juzgada, y permitió que, a requerimiento del Presidente de la República, el Congreso Nacional, por mayoría de dos tercios, confirmase una ley declarada inconstitucional. Se dedicó la Constitución de 1937 a legitimar la dictadura de Vargas y a robustecer, por ende, el Poder Ejecutivo, atribuyéndole una intervención más directa y eficaz en la elaboración legislativa, con una regulación constitucional que le permitía una constante promulgación de decretos-ley¹⁴⁹⁵. En lo relativo al derecho a la propia imagen, el texto constitucional de 1937 repite, en líneas generales, el contenido de la Constitución de 1934. En el mismo sentido de las anteriores Constituciones Republicanas, el artículo 123 establece la no exclusión de otros derechos y garantías. No obstante, estimo que se ha de reiterar la misma interpretación dada a las Constituciones ya comentadas.

¹⁴⁹⁵ Para estudiar mejor dicho texto, *vid.*: CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Ed. Freitas Bastos, 1941.

Continuando con el recorrido histórico, tras la Segunda Guerra Mundial el movimiento democrático exigía una reformulación de las constituciones existentes o la promulgación de otra. Este nuevo contexto tuvo consecuencias en Brasil, expresadas en la edición de la *Lei Constitucional 9*, de 28 de febrero de 1945. Tal instrumento legislativo no preveía la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero los hechos hicieron que tal “omisión” se convirtiera en una acción. Getulio fue depuesto de su cargo el 29 de octubre de aquel año y se reunió la Asamblea el 2 de febrero de 1946. La nueva Constitución fue promulgada el 18 de septiembre de ese año, siendo, pues, un resultado de la vuelta a la democracia del país, iniciada en 1945. No obstante, a diferencia de los demás, el texto constitucional de 1946, no se elaboró a partir de un proyecto pre-ordenado. Su redacción estuvo vinculada a las Constituciones de 1891 y de 1934. Quizás éste ha sido uno de sus principales problemas, pues tales fuentes formales del pasado no siempre, como se ha visto, correspondieron a la realidad política y social del país. Como aportaciones relevantes, estableció las libertades expresas ya insertas en la *Constituição de 1934*, que habían sido suprimidas en 1937, posibilitó una intensa intervención estatal en el terreno económico y social, y, además, amplió las competencias fijadas expresamente para el Gobierno Federal; e instituyó un modelo de federalismo de cooperación, en sustitución del modelo dual que estaba en vigor. En los doscientos dieciocho artículos del cuerpo permanente y en las treinta y seis disposiciones transitorias, se reguló el derecho a la huelga (superando el modelo corporativista del *Estado Novo*), incorporó la Justicia del Trabajo al Poder Judicial, retomó la Justicia Federal de segunda instancia y el “mandado de segurança”, estableció, entre otras conquistas, la igualdad de todos ante la ley, la libertad de manifestación del pensamiento, la inviolabilidad del secreto de la correspondencia, la libertad de creencias y de cultos religiosos, la libertad de asociación para fines lícitos, la inviolabilidad del domicilio como refugio del individuo. La Constitución fue objeto de veintiuna enmiendas. Durante su vigencia se produjo el golpe de Estado de 1964, que implantó la dictadura militar.

En lo que atañe al derecho a la propia imagen, se puede inferir que esta Constitución siguió la misma línea de las Constituciones anteriores. No hubo, como era de esperar, una innovación específica y concreta sobre este tema. No obstante, de la

existencia de la protección de los derechos concernientes a la vida en el *caput* del artículo 141¹⁴⁹⁶, a la inviolabilidad del domicilio garantizada en el §15, del mismo artículo, y, principalmente, del fenómeno de la “repersonalización” del Derecho, iniciado tras la Segunda Guerra Mundial, que llevó a la inclusión de varios derechos de la personalidad en las Declaraciones Internacionales de Derechos, se ha de concluir que la cláusula de no exclusión de derechos y garantías, del artículo 144¹⁴⁹⁷, da pie a la afirmación jurídica implícita del derecho a la propia imagen, proponiendo su protección en el citado artículo del texto constitucional.

Retomando el bosquejo histórico, hay que resaltar que la Constitución de 1946 no tardaría en perder su vigencia democrática con el golpe militar de 31 de marzo de 1964. El constitucionalismo brasileño se ve afectado, de nuevo, por la inestabilidad normativa, con la expedición de los llamados *Atos Institucionais*. El número 4 reguló el procedimiento a seguir por el Congreso Nacional para votar la nueva Constitución, cuyo proyecto fue redactado por el gobierno, presidido por el *Marechal* Humberto de Alencar Castello Branco. El 24 de enero de 1967 se promulgó la Constitución, que expresaba el propósito de consolidar la legislación constitucional que había transformado el texto de 1946, y de asegurar un régimen autoritario y centralizador de las decisiones políticas en las manos de la Unión y del Ejecutivo. El texto constitucional tuvo a la Constitución de 1937 como principal canon y fue, en realidad, la Constitución de 1967 una Constitución otorgada. Entró en vigor el 15 de marzo de 1967, cuando asumió la Presidencia el *Marechal* Arthur da Costa e Silva. De sus ciento ochenta y nueve artículos, se ha de destacar como figuras constitucionales innovadoras el establecimiento de un plazo exiguo para la apreciación de proyectos que fueran a iniciativa del Presidente de la República y la atribución de competencia al Jefe del Ejecutivo para la promulgación del decreto-ley, el cual podría ser convertido en ley ordinaria tras un determinado plazo. En efecto, la concentración del poder confería al Presidente la potestad de convocar el Congreso para reuniones extraordinarias, le concedía la iniciativa en la elaboración de propuestas de reforma constitucional, y se ampliaron las hipótesis de intervención

¹⁴⁹⁶ “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:”

¹⁴⁹⁷ “Art 144 - A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

federal, de “Estado de Sítio” y de medidas de emergencia. Además, la Constitución previó la posibilidad de la recomendación al Congreso de una reducción de la autonomía financiera de los otros estados federados, y otras disposiciones centralizadoras, restableció la Justicia Federal de primera instancia, redujo la autonomía privada permitiendo la posibilidad de suspensión de derechos políticos por abuso de derechos individuales, y dio cabida a la posibilidad de expropiación por reforma agraria.

Sin embargo, la realidad brasileña siguió sin la estabilidad que se le quiso dar con el otorgamiento de tal norma. Ya en 1968, el 13 de diciembre, se editó el *Ato Institucional n° 5*, que volvió a romper el orden constitucional. Otros *Atos* complementarios y decretos-ley fueron puestos en vigor, hasta que se promulgó la Enmienda Constitucional N° 1 de 1969. Redactada por la Junta de *Ministros* militares, después de la muerte del Presidente Costa e Silva, en realidad, como afirma la mayoría de la doctrina, merece ser considerada como un nuevo texto constitucional¹⁴⁹⁸, pues el anterior fue totalmente reformulado, empezando el cambio radical por la denominación: la de 1967 se llamaba *Constituição do Brasil* y la de 1969 *Constituição da República Federativa do Brasil*. Se caracterizó por el avance contra las prerrogativas del Congreso Nacional y de sus miembros, como la supresión de las inviolabilidades, la posibilidad de pérdida del mandato por no respeto a las directrices partidarias y la reducción de las competencias del Senado. El mandato presidencial pasó a ser de cinco años y se ampliaron las posibilidades de exclusión del control judicial de los actos de los gobiernos revolucionarios.

El derecho a la propia imagen no se insertó formalmente en la Constitución de 1967, ni tampoco en la Enmienda N.º 1 de 69, siguiendo el mismo hilo de las Constituciones anteriores. Sin embargo, el *caput* del artículo 150, de la Constitución de 1967, había reproducido *ipsis literis* las palabras enunciadas en el artículo 141, del texto constitucional anterior, incluso haciendo la misma referencia con relación al derecho a la vida, y también repetía la cláusula de no exclusión de derechos. El contenido de estos preceptos constitucionales fue copiado *in totum*, pues la Enmienda N.º 1 de 69 no alteró la redacción antes dispuesta, sólo cambió el número de los artículos, que sería el 153

¹⁴⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional ...cit.*, p. 87.

para los derechos individuales y el §36 para la cláusula de no exclusión de derechos y garantías. Me inclino, en este sentido, por una cobertura constitucional del derecho a la propia imagen, pese a la ideología de estos dos textos constitucionales, pues, sosteniendo el mismo planteamiento que el aplicado a la Constitución de 1946, las Declaraciones Internacionales de Derechos favorecerían una interpretación incluyente de los derechos de la personalidad. Como se verá más adelante, bajo la vigencia de esta Constitución se plantearon las primeras demandas en el *Supremo Tribunal Federal*, las cuales sirven de precedente, hasta hoy, para conformar la configuración constitucional del derecho a la propia imagen.

5.2 El derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña de 1988

Los ideales de resistencia contra la dictadura militar y de reformulación democrática ganaron fuerza a partir de la elección de los gobernadores de los estados-miembros en 1982, y se intensificaron en el inicio de 1984, con la campaña para la elección directa (Diretas-Já) de la Presidencia de la República¹⁴⁹⁹. El proyecto de una Nueva República fue capitaneado por Tancredo Neves, electo el 15 de enero de 1985. Había prometido Tancredo la construcción de una nueva realidad, donde triunfarían la democracia y el Estado Social de Derecho. No obstante, no pudo tomar posesión de su cargo, por fallecer el 21 de abril de aquel año. La vuelta del país a la democracia, durante la lenta y gradual transmisión del poder político, estaba, pues, en las manos de su Vice-Presidente. Tras ser legitimado como presidente, José Sarney cumplió la promesa de Tancredo Neves de convocar una Asamblea Constituyente, que culminó en la redacción de la Enmienda Constitucional N° 26, de 27 de noviembre de 1985. Efectivamente, tal Enmienda, por tanto, fue obra del Poder Ejecutivo, que utilizó el propio *Congresso Nacional*, un poder constituido y limitado, para transformarlo en órgano de soberanía. Se eligieron diputados y senadores, mas como éstos últimos representaban el carácter federal del sistema, ya se firmaba un compromiso aparente con la base federal de la organización del Estado, estando disminuida, en este sentido, la

¹⁴⁹⁹ Como muestra de la influencia española en esta fase de evolución de Brasil, informa BONAVIDES (P. “O constitucionalismo espanhol e seu influxo... cit., p. 217-218) que antes del movimiento Diretas-Já, un senador de la dictadura, Fernando Henrique Cardoso, propuso, como primer gran paso para volver a la democracia, la adopción de los Pactos de la Moncloa.

intensidad de la voluntad general. Por ello, se alega que existe una mácula *formal* en la legitimidad de la Asamblea Constituyente de 1987. Sin embargo, la forma democrática de elaboración, con una efectiva participación popular antes nunca vista, se convirtió en motivo de legitimación *material*, destruyendo las críticas de los que cuestionaban el origen del procedimiento de elaboración.

La Asamblea Constituyente Brasileña de 1987 se formó sin una ruptura abrupta de las instituciones. No fue precedida de un acto de independencia, como la Carta del Imperio de 1824, o del deterioro de éste, del que surgió la Constitución Republicana de 1891; tampoco del fin de una república oligárquica, que dio origen la Constitución de 1934; o del término de una dictadura y la institución de la Constitución de 1946; y nada parecido a las Constituciones de 1967 y de 1969, que tuvieron por objeto legitimar el golpe de Estado de 1964. No se puede afirmar que hubo una revolución violenta, con el uso de la fuerza, pero sí una revolución política, pues la Constituyente de 1987 puso fin a un sistema antidemocrático, instalado por la mencionada dictadura militar. El concepto de revolución implica una mudanza brusca y radical de convicciones sociales, las cuales pueden ser de naturaleza política, económica, jurídica, social, artística e incluso sexual. La revolución política puede ser concebida como el cambio repentino, violento o no, de las instituciones y de los gobernantes. En una revolución, la efectiva fuerza material (*vis materialis*) o coerción no es siempre necesaria, pero el cambio ideológico es imprescindible. Se cambió la ideología del Estado Brasileño, que vivió 20 años de supresión de las libertades públicas, por una democracia representativa, la cual tiene como objetivo la garantía de los derechos fundamentales.

En este contexto, se constata que el texto de la Constitución de 1988 está lleno de aportaciones doctrinales del moderno constitucionalismo social, pudiendo ser calificada como una de las más democráticas de su tiempo¹⁵⁰⁰. Se ha de indicar, como algunas de sus características principales, la gran extensión (doscientos cincuenta artículos en el Cuerpo Permanente y ochenta y nueve Disposiciones Transitorias), varias

¹⁵⁰⁰ Resaltan BONAVIDES y ANDRADE (*História Constitucional ... cit.*, p. 915) un discurso proferido por el presidente de la Asamblea, Ulysses Guimarães, en el cual afirma que “É consagrador o testemunho da ONU de que nenhuma outra Carta no mundo tenha dedicado mais espaço ao meio-ambiente do que a que vamos promulgar”.

disposiciones constitucionales que están formalmente incluidas, el elevado número de enmiendas que recibió y el establecimiento de un núcleo inmodificable, las cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). Con relación a su clasificación, la Constitución Brasileña de 1988 es escrita (forma), promulgada o popular (origen), rígida (estabilidad), demasiado analítica (extensión), codificada u orgánica (unidad documental) y ecléctica. Una Constitución extremadamente detallada, que contiene normas que son consideradas formalmente constitucionales, dado que están en ella, pero que materialmente no poseen un verdadero rango constitucional. Esta forma analítica puede ser explicada por su proceso de elaboración, pues desde su primera sección, la Asamblea Nacional Constituyente de 1987 funcionó como una especie de universidad popular, con demasiada apertura y libertad. Siempre estuvieron presentes estudiantes, indios, operarios o cualquier ciudadano que quisiera. La Constitución se fortaleció por el grado de adhesión, participación, consenso y apoyo de los constituyentes en las decisiones fundamentales, casi todas fruto de una negociación o de un acuerdo previo, lo que, sin sombra de dudas, constituyó un refuerzo para su consolidación, eficacia, prestigio y aplicabilidad¹⁵⁰¹. En este sentido, se nota que la Constitución de 1988 estuvo vinculada, en verdad, a los “factores reales de poder”, como afirmaba FERDINAND LASSALE. Su legitimación material se explica por tener el modo más democrático de elaboración de un texto constitucional vivido en el país¹⁵⁰².

Además del hilo histórico democrático, merecen ser descritas algunas circunstancias de carácter formal. En efecto, la Asamblea de 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. 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”, 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.

¹⁵⁰¹ Resalta BONAVIDES (P. “O constitucionalismo espanhol e seu influxo...cit., p. 209-210) que “A Constituinte cultivou a vizinhança da Sociedade e da democracia direta, com milhares de sindicatos, entidades e associações, numa ação participativa de bastidores e de presença silenciosa mas eloquente no acompanhamento dos trabalhos, desde as galerias”.

¹⁵⁰² LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Barcelona : Ariel, 2002, *passim*.

Por ello, es lógico que el ejemplo a seguir por la Constitución Brasileña se identificara con el modelo de Constitución Dirigente¹⁵⁰³, que también adoptaron Portugal y España. 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). Aparte de este aspecto lógico-material, es necesario recordar que 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 ibérica¹⁵⁰⁴. 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

¹⁵⁰³ Clasificación doctrinal del profesor CANOTILHO (*Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, *passim*): constituciones que se utilizan como normas programáticas, definen metas, directrices y objetivos para el Estado, teniendo tendencia socializante. Otras denominaciones equivalentes son: Constituciones Programáticas o Constituciones Compromisorias.

¹⁵⁰⁴ Conferir: www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/consulta.asp Base APEM - Anteprojetos, Projetos e Emendas da ANC de 1988.

intenso exame dessas constituições inspiraram proposições dos constituintes sem que, no entanto, se fizesse cópia servil¹⁵⁰⁵”.

No obstante, para la cuestión de la falta de dirección de los constituyentes, se llegó a una solución poco sintética: la redacción del texto constitucional pasaría por ocho comisiones temáticas, y cada una de éstas se subdividiría en tres subcomisiones. Hubo también una comisión central, la llamada Comisión de Sistematización, en la cual convergería todo el trabajo de las ocho comisiones temáticas. En la Comisión de Sistematización debería nacer el primer boceto articulado del proyecto. En total fueron siete etapas y veinte y cinco fases distintas, y es un dato metodológico relevante el que los trabajos constituyentes fueron realizados de modo simultáneo con los trabajos rutinarios del Congreso Nacional¹⁵⁰⁶. Todo ello contribuyó a una efectiva participación de todos los constituyentes en la elaboración del texto, y se unió a la democrática intervención popular, pero llevó a una acumulación de materias no propiamente de carácter constitucional¹⁵⁰⁷. Fue una Asamblea Constituyente ideológicamente heterogénea, que intentaba administrar un pluralismo muy fragmentado de valores, intereses, principios y tendencias¹⁵⁰⁸.

Así, la acción de los partidos fue sustituida por la articulación de los grupos y la imprenta acusó la formación de *lobbies* de intereses, como influyentes o deformadores de la voluntad del *iter constituyente*. Había *lobbies* de los más variados tipos, pero el principal fue el movimiento que el Ejecutivo creó, el denominado “Centrão” (Centro Democrático); junto a agrupamientos partidarios, apartidarios, extrapartidarios, suprapartidarios; otros en torno a la específica votación del sistema de gobierno y del período del mandato presidencial. Los ministros, y particularmente los gobernadores de los estados-miembros, fueron movilizados para una acción directa sobre los

¹⁵⁰⁵ SILVA, José Afonso da. “Influência, Coincidência e Divergência Constitucionais: Espanha/Brasil” en *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano* (coord. por Francisco Fernández Segado), 2003, p. 221-238.

¹⁵⁰⁶ OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las*. Brasília, Senado Federal, 1993.

¹⁵⁰⁷ Un ejemplo grotesco de las enmiendas propuestas a la Constitución lo dio el constituyente Bernardo Cabral en una Conferencia en la Facultad de Derecho de Ceará: “Todos los coches oficiales serán pintados de un solo color. § único. Una ley complementaria definirá qué color”. Otra sería la de que “los hombres y las mujeres son iguales, excepto en la gravidez y en el parto”.

¹⁵⁰⁸ BRASIL. *Anais da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988)*. Brasília, Senado Federal, 2004.

constituyentes. Se comprobó la eficacia de la acción de los gobernadores cuando dieciséis de ellos fueron a Brasilia y allí permanecieron durante los dos días en los que la Constituyente debatió y votó los puntos más polémicos. La influencia en la redacción de la Constitución, de todos estos grupos y sectores mencionados, repercutió de forma incuestionable en el texto constitucional. Con aportaciones llenas de detalles, de materias impropias y, en algunos casos, inaplicabilidad de las disposiciones, es un resultado esperado, lógico y consecuente que la Constitución de 1988 en el año de 2007 ya contiene cincuenta y seis enmiendas constitucionales y seis enmiendas constitucionales de revisión.

En efecto, puedo hacer a la Constitución brasileña vigente varias críticas, pero no me sería lícito omitir sus virtudes. Todo el proceso de su elaboración, como ya he dicho, fue muy democrático. Es un texto dedicado a la sociedad que, aparte de los intereses grupales o regionales, en lo esencial representa todas las preocupaciones, inestabilidades, deficiencias de formación y de práctica política del Estado brasileño. Ahora que ya está elaborada, promulgada, publicada y con plena vigencia, no se ha de condenar a quién la hizo o la forma en que fue hecha; es necesario respetar su contenido y aceptar la responsabilidad de desarrollar democráticamente sus principios¹⁵⁰⁹.

En este sentido, el texto constitucional brasileño de 1988 regula, de modo autónomo, algunos de los derechos de la personalidad, como la *honra*, la intimidad, la vida privada y la propia imagen. En efecto, influida en los principios, valores y objetivos por las Constituciones portuguesa y española, y con el fin de suplir una carencia existente en el orden constitucional de Brasil, la Constitución brasileña estableció, de modo expreso, que la *honra*, la intimidad, la vida privada y la propia imagen son derechos de la persona. 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

¹⁵⁰⁹ Comenta BONAVIDES (P. “O constitucionalismo espanhol e seu influxo...cit., p. 218-219) que la experiencia española ha tenido también fuerte influjo benéfico en la transición brasileña de un gobierno de derecha para un gobierno de izquierda, pues el presidente Luis Inácio Lula da Silva, siempre ha sido un defensor fervoroso de los Pactos de Moncloa. Incluye en su artículo un reportaje del actual presidente al periódico Folha de S. Paulo, del 29 de Junio de 2002, en el cual dijo Lula que “Pela primeira vez na história do Brasil, um trabalhador lidera uma aliança, tendo como vice um empresário bem-sucedido. O que quero com isso? Simbolizar o pacto social (...) inspirado no Pacto de Moncloa”.

punto de vista jurídico-político (legislación) 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 decisiva 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, como se ha visto, 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 democrático¹⁵¹⁰.

Conviene resaltar que los derechos y garantías individuales forman parte de las llamadas “cláusulas pétreas” de la Constitución de 1988. La inclusión de tales “cláusulas pétreas” está justificada por la afirmación de que los textos constitucionales no son inmutables, pero intentan ser permanentes, y por ello prevén su propia alteración por un procedimiento de reforma (o revisión), el cual lógicamente es más dificultoso del que se hace para modificar una ley o un acto normativo ordinario. En este sentido, la Constitución Brasileña de 1988 es rígida y para reformarla deben seguirse algunos imperativos constitucionales. El constituyente originario excluyó la posibilidad de alteración de algunas materias que considera inmutables, indisponibles e imprescindibles, las cuales el poder constituyente derivado no tiene la facultad de tocar. Estas materias son concebidas por los juristas brasileños como las “cláusulas pétreas” de la Constitución. Dichas cláusulas son consideradas el núcleo (duro) esencial del Estado brasileño, pues sin ellas no se podría desarrollar de modo efectivo la democracia. Así, el artículo 60 dispone que:

¹⁵¹⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como *fundamentos*: (...) III – a dignidade da pessoa humana;”.

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais”.

En efecto, esta restricción material del poder de reforma de la Constitución revela el cuidado que el constituyente tuvo con determinadas 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 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 autónoma, siéndole dedicados tres incisos constitucionales distintos:

“Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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. La respuesta a esta cuestión es el objeto central de esta tesis doctoral, que a partir de ahora me dedicaré a desarrollar¹⁵¹¹.

¹⁵¹¹ Como se verá, comenzaré a poner en práctica las reglas de interpretación jurídica formuladas por SAVIGNY: la interpretación gramatical, que consiste en basarse literalmente en el texto de la norma y en el sentido que tienen las palabras; la interpretación sistemática, en la cual se hace una conexión entre la norma en el contexto del derecho en que se la inserta; la interpretación teleológica, que busca depurar la finalidad perseguida por la norma; y la interpretación histórica, que considera el proceso por el cual la norma ha sido producida. Empero, se ha de recordar que “la interpretación más segura es aquella en la que las cuatro reglas conducen al mismo resultado. La coincidencia de las cuatro reglas es una suerte (...) es frecuente que las reglas no coincidan en sus resultados y que haya que optar por una de ellas. En tal caso, entre las reglas gramatical, sistemática y teleológica no hay preferencia. Cualquiera de ellas es igualmente válida para fundamentar una interpretación. La interpretación histórica es la única que no puede servir de base por sí sola para fundamentar una interpretación. Se trata de una regla complementaria, pero no única (...) la interpretación es una interpretación de normas, desvinculadas de la motivación o intención política del legislador en dictarla”. (PÉREZ ROYO, J. *op. cit.*, p. 143). No obstante, la diferencia crucial entre la interpretación jurídica y la interpretación constitucional es que ésta pretende definir el ejercicio y la delimitación del *poder* en la *creación* del Derecho, y en aquélla se busca precisar el ejercicio y la delimitación del poder del Derecho (ordenamiento jurídico). Con el tránsito del Estado Liberal al Estado social de Derecho, como advierte PÉREZ LUÑO (*Derechos Humanos, Estado...cit.*, p. 258 y ss), se ha producido una importante mutación en la normativa constitucional, que forzosamente ha repercutido en su interpretación. En esta nueva situación, se constata una superación de la categoría de los derechos públicos subjetivos, de inequívoca inspiración individualista, a través de los derechos fundamentales. Se cambia la fundamentación de los fundamentales que ya no se circunscriben a la defensa de intereses individuales, sino que extienden su tutela a la protección de intereses sociales y colectivos. Unido a lo anterior, la titularidad de tales derechos se amplía a sujetos colectivos y se pasa a entender de forma distinta la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, pues dejan de ser meros derechos de defensa frente a la opresión estatal, para devenir derechos de participación y prestaciones para cuya realización no basta la abstención del Estado. Este nuevo *status* adquirido por los derechos fundamentales hizo que, actualmente, se reconozcan como valores o como principios básicos del sistema jurídico-político, lo que condiciona su método de interpretación. En el desarrollo de la ciencia del Derecho Constitucional de la Segunda postguerra, en el proceso de decantación dogmática, se hizo evidente que los métodos tradicionales de interpretación del Derecho, heredados de SAVIGNY y basados en el dogma de la voluntad, ya de la propia norma, ya del legislador, no resultaban suficientes para precisar el significado de la norma constitucional, dotada por naturaleza de una clara dimensión política e impregnada de componentes valorativos. Con el propósito de preservar la eficacia vinculante de la Constitución mediante la articulación de un método de interpretación controlable racionalmente, un sector de la doctrina alemana propuso la tesis que en nuestros días está envigor cuando en la labor del

5.2.1 La imagen del inciso X, del artículo 5º: la “inviolabilidade pessoal”

Empezaré a analizar este inciso por un motivo bien concreto: hay consenso en Brasil que en este precepto la idea constitucional de imagen es la de representación gráfica del aspecto físico externo, coincidente con la de las constituciones de los países ibéricos¹⁵¹²: “*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*”. Sobre la inserción de este apartado en el texto constitucional de Brasil, JOSÉ AFONSO DA SILVA 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 espanhol¹⁵¹³”. No obstante, conviene investigar si en este inciso se consideran protegidas las dos perspectivas que este bien de la personalidad puede tener: la imagen moral/negativa o la imagen patrimonial/positiva. Es cierto que de la redacción de la norma, se ha de interpretar, como mínimo, que el titular del derecho a la propia imagen posee la facultad de excluir (negativa) la posibilidad de representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que le

hermeneuta constitucional. En esta línea, KONRAD HESSE, además de subrayar el papel del texto normativo como límite último de la interpretación, apuntó unos principios destinados a encauzar la concreción de la Constitución (principalmente el de unidad de la Constitución y el de concordancia práctica). En el mismo sentido iba la tesis de la estructura de la norma, de FRIEDRICH MULLER, según la cual en la concreción de la norma constitucional el programa normativo (mandato o prescripción contenido en la norma que delimita su objetivo) y el sector normativo (ámbito de la vida social que el programa normativo ha seleccionado o acotado como objeto de su regulación) son dos momentos dotados de la misma eficacia. Concepciones ambas que parten de la idea de concreción y, en consecuencia, de la comprensión de la Constitución *como ordenamiento marco*, con la cual la toma en consideración de la realidad por el intérprete supremo de la Constitución no tiene por qué conducir necesariamente a la ocupación de la parcela que al legislador corresponde. Por ello, aunque se utilicen las reglas tradicionales de interpretación jurídica, la interpretación constitucional, por la textura más abierta y abstracta de las normas constitucionales, lleva a un proceder que tiene matices distintos. Algunos principios orientan al intérprete en desvendar la hermenéutica constitucional: 1) principio de unidad constitucional: las normas constitucionales integran un sistema interno unitario de reglas y principios, 2) principio del efecto integrador: prioridad en la integración política y social y refuerzo de la unidad política; 3) principio de máxima efectividad: la interpretación de la norma constitucional debe buscar un resultado del que emane mayor carga de eficacia jurídica y social; 4) principio de corrección funcional: cada norma constitucional debe ser ubicada y entendida en el orden lógico (esquemático) de la Constitución; 5) principio de concordancia práctica o armonización: la preservación de los diversos valores constitucionales; 6) principio de la fuerza normativa de la Constitución: el mayor radio de aplicación e incidencia de la norma de la Constitución; 7) principio de interpretación conforme a la Constitución: la norma legal debe ser interpretada, cuando tenga una elevada carga de polisemia, de forma compatible, nunca conflictiva, con el texto constitucional.

¹⁵¹² *Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988*. Traducción y notas por Antonio López Díaz y Cesar García Novoa, Brasilia, 1990.

¹⁵¹³ SILVA, José Afonso da. “Influência, Coincidência e Divergência Constitucionais... cit., p. 232.

singularicen y hacen reconocible su figura humana, pues tanto el inciso precedente como el posterior refuerzan la idea de que la palabra imagen, que consta en el inciso X, tiene este sentido:

“IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”;

Por un lado, la disposición constitucional del inciso IX reconoce la “libertad de expresión y de comunicación”, las cuales, como se ha visto, son los bienes constitucionales que más pueden colisionar con los derechos de la personalidad, de los cuales el derecho a la propia imagen forma parte. Por otro, el inciso XI se refiere a la inviolabilidad del domicilio, la primera figura jurídica que fue constitucionalizada en Brasil¹⁵¹⁴, precursora de la *inviolabilidad personal*, y que representa un derecho individual clásico. El cauce para establecer el orden sistemático de tales derechos, por tanto, sigue una lógica jurídica histórico-interrelacional entre los bienes constitucionales garantizados en el texto.

Desde la perspectiva de la génesis del precepto, consultando las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1987¹⁵¹⁵¹⁵¹⁶, se comprueba que la idea que prevaleció en estos trabajos parlamentarios corrobora que la *mens legislatoris* en este supuesto quiere referirse a la imagen como representación gráfica sensible y *visible* del *aspecto físico externo* de la figura humana de una 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

¹⁵¹⁴ Artículo 179, inciso VII, de la Constitución Imperial de 1824.

¹⁵¹⁵ Cf. *O Processo Histórico da Elaboração do texto Constitucional – Assembléia Nacional Constituinte 1987-1988*. Brasília, 1993. También consultando la página web www.senado.gov.br.

¹⁵¹⁶ Todas las actas de la Asamblea Nacional Constituyente pueden ser encontradas en Internet en la página www.camara.gov.br o en la página www.senado.gov.br. En un trabajo brillante, el Congreso Nacional Brasileño ha copiado todos los trabajos parlamentarios mecánicamente y los ha puesto en Internet, facilitando la investigación y democratizando el acceso a dichos documentos.

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 un influjo preponderante en la redacción del texto constitucional. Se llamó al jurista CÂNDIDO MENDES, que compareció el día 24 de abril 1987 en la 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 intervención¹⁵¹⁷. CÂNDIDO MENDES expuso su preocupación por los “nuevos derechos humanos”, los cuales no serían los de génesis patrimonial, y los del avance tecnológico. Recomendó el ponente el reconocimiento constitucional de los “nuevos derechos”, además del establecimiento de algunas garantías para su efectivo despliegue material, como una adecuada salida para la efectiva auto-aplicabilidad de estos derechos, citando como ejemplos las experiencias portuguesa y española (comentando incluso algunos éxitos del gobierno de Felipe González). Defendiendo la positivación de los “nuevos derechos” el jurista mencionó que “(...) Em primeiro lugar, o problema fundamental de que hoje não temos apenas a defender o corpo; estamos diante do rapto da alma, os registros eletrônicos e a informática permitem, na instalação desse crime moderno, a ditadura da versão e da ficha sobre a verdade da pessoa” y cita, expresamente, las Constituciones de España y Portugal, las cuales insertaron en su seno el *habeas data*. Siguiendo esta línea, argumenta que “(...) a velha garantia da privacidade pode ser presumida pela intransgredibilidade do *domus*, ou da casa. Hoje, diante das teleobjetivas, dos sensores eletrônicos, ela se torna um muro de vidro, um espaço devassado, exposto à publicidade. Aquela velha noção de Radbruch, por exemplo, de que ainda existe o espaço da pessoa na sociedade eletrônica e na tecnologia contemporânea. Uma Constituição, que os Srs. vão elaborar para esse tempo, precisa definir, ao lado da presunção arrombada da intransgredibilidade do *domus*, a possibilidade de se definir a reserva da intimidade como algo fundamental”.

¹⁵¹⁷ Actas da Assembléia Nacional Constituinte, p. 63 y ss in: www.camara.gov.br. Cândido Mendes era Secretario General de la Comisión de Justicia y Paz, de 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.

Ante estas palabras, siguiendo la evolución de la redacción inicial de la disposición constitucional del inciso X, del artículo 5º, de la Constitución, se comprueba que el texto protege la “privacidade”, dentro de la cual también está comprendido el derecho a la propia imagen. Pese a que en las primeras fases¹⁵¹⁸, de la A hasta la H, hubo muchos cambios y propuestas al proyecto de la *Comissão Da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, en la fase I, ya integrado el texto en la *Comissão de Sistematização*, la redacción primigenia del derecho a la propia imagen estaría inserta en el inciso VII, del artículo 13, del Anteproyecto de Constitución del día 13 de julio de 1987: “São direitos e liberdades individuais invioláveis: (...) VII – A Privacidade: a) da vida particular e familiar; b) da moradia; nela ninguém poderá penetrar ou permanecer senão com o consentimento do morador ou por determinação judicial, salvo em caso de flagrante delito, ou para acudir vítima de crime ou desastre; c) do sigilo da correspondência e das comunicações em geral, salvo autorização judicial. d) A imagem pessoal bem como a vida íntima e familiar não podem ser divulgadas, publicadas ou invadidas, sem a autorização do interessado; e) Não haverá empresas e atividades privadas de investigação e prestação de informações sobre a vida íntima e familiar das pessoas; f) O Estado não poderá operar serviços de informações sobre a vida íntima e a familiar das pessoas; g) Na esfera policial e militar o Estado poderá operar serviços de informações que se refiram exclusivamente ao que a lei define como delinqüência e às atividades que visem a subverter, pela violência, os fundamentos constitucionais da Nação”.

Se deduce con claridad la notoria proximidad entre las ideas de CÂNDIDO MENDES y el texto que se propuso para la norma constitucional. Sin embargo, sería muy poco productivo describir todo el trámite que el Anteproyecto tuvo hasta su promulgación, pues, como he afirmado, la falta de un pre-proyecto llevó a una innumerable cantidad de enmiendas populares y parlamentarias. No obstante, conviene comentar que una de las primeras que se relacionan con el derecho a la propia imagen fue la enmienda supresora nº 548 del constituyente del estado del Paraná Matheus Iensen, que intentó suprimir la letra “d”, la cual preveía el derecho a la propia imagen, no ya del artículo 13, sino del 12, del anteproyecto de la fase M. Consideraba el autor de

¹⁵¹⁸ La redacción del texto tenía sucesivas fases, que fueron denominadas en un orden lógico de acuerdo con las letras del alfabeto.

esta enmienda que la materia ya estaría tratada en otros artículos constitucionales, pero su intención no tuvo éxito. La redacción del inciso se convirtió en la que ahora está vigente, en el proyecto presentado el día 15 de diciembre de 1987. Siguió sin grandes alteraciones, pese a otros intentos de modificarla, como la “emenda aditiva” n° 1.557 del constituyente Gidel Dantas, quien propuso añadir a la parte final de la redacción del párrafo 10º, del artículo 6º, en la fase P, del proyecto del día 04 de febrero de 1988, una excepción “salvo nos casos de interesse da sociedade e do Estado mediante autorização judicial, na forma da lei”. El propósito de esta restricción a la inviolabilidad personal tenía como fondo la posibilidad de castigar a los criminales, privándolos de estas garantías personales. Sin embargo, de forma rotunda, la enmienda fue rechazada por casi el ochenta y ocho por ciento de los demás parlamentarios (438 votos en contra, 41 votos a favor y 5 abstenciones). En este contexto, hay que concordar en que la imagen de este inciso X tiene como objetivo proteger la *inviolabilidad personal*, y a pesar de haber sido entendida, al principio, como una garantía de la “privacidad”, consiguió su independencia en el texto con la propuesta de protección del ser humano frente a los “teleobjetivos”, como bien aclaró el jurista CÂNDIDO MENDES. Tiene, pues, el concepto de imagen de esta norma, desde su génesis, una conformación constitucional que pretendía tutelar la representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo que singularicen y hacen reconocible la figura humana.

Ahora bien, analizando la doctrina y la jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal*, 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 doctrinal¹⁵¹⁹ mayoritaria¹⁵²⁰ admite que en el

¹⁵¹⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção constitucional da própria imagem pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. *Íd.* “O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional” in *Revista do Advogado- Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos*, Ano XXIII, n° 73, p. 119-126, Nov. 2003, *Íd.* “A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1998” em *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, (coord) José de Faria Costa e Marco Antônio Marques da Silva. Editora Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2006, p. 515-531; ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. “Direito autoral e direito de arena” In: *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, v.1, n.4, p.79-96, out./dez., 2000; ARAÚJO, Nadia de. “Princípio da dignidade da pessoa humana e direito à imagem” in: *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n° 1, jan-mar/2006, p. 267-278; ARRIBAS, Bruno Felipe da Silva Martin de. “Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade” in *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 164, p. 347-366,

mismo constitucional está comprendida la imagen desde el punto de vista moral/negativo, pues como sostiene GILBERTO HADDAD JABUR “é inquestionável o direito da pessoa, posto que respeitante à personalidade, em não ter divulgada a sua imagem, tenha ou não a divulgação fins lucrativos. De modo que a imagem colhida sem concordância do retratado, embora não lhe viole a honra nem a privacidade, é

out./dez., 2004, (p. 350); BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, *Íd.* “Direito à própria imagem” in *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, nº 2, p. 179-190, 1996; OLIVEIRA, Swarai Cervone de. “Livre exercício do direito de imprensa – direito de uso da imagem - dano moral não configurado” in *Ciência Jurídica*, v. 19, n. 124, p. 351-356, jul./ago., 2005; MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. “Liberdade de expressão, de informação e direito a imagem sob o ângulo constitucional” (Capítulo de livro) in *Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento*. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004, p. 143-162; D’ALVA, Milena FONTGALLAND. “O direito à imagem e a liberdade de imprensa” in *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, v.6, n.21/22, p.241-249, abr./jul., 2004 (p.244); RSTON, Sergio Martins. “Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória” in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: Nova Série*, v.7, n.14, p.91-105, jul./dez., 2004 (p. 93); NETTO FRANCIULLI, Domingos. “A proteção ao direito à imagem e a constituição federal” in *Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v.16, n.1, p.19-38, jan./jun., 2004 (p.32); LIMA, Arnaldo Siqueira de. “O direito à imagem” em *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 792, outubro de 2001, Primeira Seção, p. 451-463, *Íd.* *O direito a imagem: proteção jurídica e limites de violação*. Brasília: Universa, 2003; DIAS, Jacqueline Sarmento. *O Direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. (p. 73); BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002. (p. 36); SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002 (p. 34 y SS); JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 (p. 271), *Íd.* “Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil” in *Questões controvertidas no novo código civil*, v.1, São Paulo: Método, 2004, p. 11-44; AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem: a posição do novo código civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002), o direito à imagem e a atuação da mídia, o dano à imagem e sua reparação, principais defesas opostas, jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2003 (p. 39); FACHIN, Zulmar Antonio. *A Proteção Jurídica da Imagem; prefácio de René Ariel Dotti*. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999 (p. 76-77); SANTO, Marcelo do Espírito. “O direito de imagem e a pesquisa museal: construindo uma chave de acesso ao direito de personalidade” in *Revista de direito privado*, v.6, n.21, p.165-174, jan./mar., 2005 (p.166); DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002; p. 126, en “Direito à imagem e a sua tutela”, *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 79-106 y en sus comentarios al Código Civil Brasileiro en FIUZA, Ricardo; et. All. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31-33; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. “Responsabilidade civil objetiva dos meios de comunicação por ofensa aos direitos da personalidade” in: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n.64, p.39-56, jul./set., 2005; BELLINI JUNIOR, João. “Reflexos tributários na cessão do direito de imagem e uso do nome profissional” In: *Interesse Público*, v.5, n.22, p.107-124, nov./dez., 2003; RODRIGUES, Cláudia. “Direito autoral e direito de imagem” in: *Revista dos Tribunais*, v.93, n.827, p.59-68, set., BBD, 2005; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. “Direito de arena” In: *Revista de direito privado*, v.6, n.22, p.226- 240, abr./jun., 2005; TERREL, Joseph Robert. “O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem” in *Revista do Direito Trabalhista*, v. 9, nº 11, p. 17-21, Nov. 2003.

¹⁵²⁰ El jurista WALTER MORAES (“Como se há de entender o direito constitucional a própria imagem” in *Repertório IOB Jurisprudência : Comercial, Civil e Outros*, n.5, p.84-82, 1. quinz. mar., 1989) afirma que “a regra constitucional da imagem, notadamente a do inciso X do art. 5º, não é uma norma programática, como soem dizer das normas que requerem regulamentação e não são auto-aplicáveis. O preceito do direito à imagem das pessoas, conquanto comporte disciplina ordinária para alcançar a extensão jurídica atingida pela doutrina e pelas leis estrangeiras, não é programático; contém um mínimo auto-aplicável a saber: protege a *imagem pessoal correspondente, objetivamente, ao conceito mais vulgar de imagem* e, subjetivamente, ao direito exclusivo de uso, gozo e disposição da imagem pelo titular.”

merecedora de proteção. Basta a simples utilização não consentida da simples imagem, cuja reprodução, conseqüentemente pode ser autorizada pela pessoa a quem pertence. Por isso, retratar uma pessoa sem que ela saiba ou contra a sua vontade é um ato ilícito, ofensivo ao direito à própria imagem. É imprescindível o consentimento do retratado, por ter ele o direito de impedir que não se use, ao líbito, a sua imagem¹⁵²¹.” En esta línea, defiende SILMA MENDES BERTI 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 lei¹⁵²²”. Más explícita es la opinión de LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, quien resalta que en el inciso X, del artículo 5º, se tutela la *imagen-retrato*, la cual será invocada “sempre que houver utilização indevida da imagem, poderá seu titular se opor. A utilização indevida da imagem, portanto, gera imediatamente direito de oposição do titular dessa imagem. A utilização indevida engloba qualquer das formas já especificadas acima, ou seja, pode-se verificar a violação da imagem, como publicação indevida de um retrato ou a utilização da imagem de alguém como sua, hipótese de usurpação da fisionomia¹⁵²³”.

La adopción de esta vertiente moral del derecho a propia imagen puede ser ilustrada por una de las sentencias del Alto Tribunal de Brasil, la decisión del caso *Cássia Kis*, el RE 215984, de 4 de Junio de 2002, la cual afirma que “Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, *a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X*¹⁵²⁴”.

¹⁵²¹ JABUR, Gilberto Haddad. “Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil” in *Questões controversadas no novo código civil*, v.1, São Paulo: Método, 2004, p. 11-44.

¹⁵²² BERTI, Silma Mendes. “Direito à própria imagem” in *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, nº 2, p. 179-190, 1996 (p.182).

¹⁵²³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção constitucional da própria imagem pessoa física...* cit., p. 83.

¹⁵²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo RE 215984 / RJ - Rio de Janeiro, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Carlos Velloso, 04/06/2002, Segunda Turma, Publ. DJ: 28-06-02, pp. 00143, Ementa vol-02075-05, pp-00870, RTJ vol-00183-03, pp. 01096.

En efecto, la referida influencia conceptual de las Constituciones de Portugal y de España en la Constitución brasileña se confirma, *in casu*, con la interpretación que el *Supremo Tribunal Federal* da al derecho a la propia imagen de este inciso: imagen del *aspecto físico externo* de la figura humana; la representación de las expresiones o evocaciones visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen y reconocible la persona humana. La sentencia del caso *Cássia Kis*, por tanto, precisa que dentro del concepto constitucional de la propia imagen del inciso X, del artículo 5º, 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 que la tutela del derecho a la propia imagen de este inciso torna ilícita la utilización no autorizada de la imagen y, por ende, restringe la utilización de la imagen al alcance del consentimiento. En este sentido, se prohíbe el uso ilícito de la imagen y, a la vez, garantiza su uso de acuerdo con la autorización dada por el titular del derecho para el uso de la imagen. 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. De este modo, se demuestra que la posición del STF contempla la vertiente negativa del derecho a la propia imagen, ubicada en el inciso X del artículo 5º, de la Constitución Federal Brasileña, la cual confiere al titular la posibilidad de demandar cuando se utilice, sin su debido permiso, la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que le singularicen y hacen reconocible su figura humana.

Se deduce, pues, que el Alto Tribunal de Brasil indica algunos caracteres que forman parte del contenido de la imagen que se protege en este inciso. Asimismo hay consenso en la doctrina en que el bien jurídico que el inciso X protege es la “*representação física do corpo humano ou de qualquer de suas partes, ou ainda de traços característicos pelos quais ela possa ser reconhecida*”¹⁵²⁵. Para una mejor

¹⁵²⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da *Lei de Imprensa*” in *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Ano 4, vol. 16, outubro a dezembro de 2003, p. 59-102.

sistematización, es oportuno que se divida este concepto en distintas partes. En efecto, excepto la ya comentada y rechazada propuesta de TORRES¹⁵²⁶, de incluir a las personas jurídicas en la tutela de este bien de la personalidad, la opinión mayoritaria de los que se han dedicado a estudiar el derecho a la propia imagen coincide que el citado precepto constitucional protege la *figura humana*¹⁵²⁷, pues se constituye en el derecho que “incide, pois, sobre a conformação física da pessoa¹⁵²⁸”. También hay acuerdo, en la experiencia brasileña, en entender que se incluye en esta protección constitucional no únicamente la representación de las facciones de la persona¹⁵²⁹, sino cualquiera de las partes del cuerpo humano, es decir, “fisionomia do sujeito, rosto, boca, partes do corpo, representação do aspecto visual da pessoa¹⁵³⁰”. Además, se afirma que la elasticidad del derecho a la propia imagen comprende en su ámbito la caricatura¹⁵³¹, prevaleciendo en territorio brasileño la tesis de DINIZ, quien afirma que la caricatura es “uma manifestação artística lícita e aceita pela sociedade, por ser uma imitação cômica da imagen, por meio de desenho, alterando os traços da pessoa de uma forma satírica¹⁵³²”. Se observa que para que el concepto de la propia imagen ofrecido por los autores de Brasil sea protegido por el Derecho, también ha de ser la figura humana reconocible¹⁵³³, aunque no hayan matizado exhaustivamente los requisitos de visibilidad, reconocibilidad e individualidad, como he hecho en este trabajo. En resumen, considero que la acepción del derecho a la propia imagen de BELTRÃO es la que sintetiza la opinión doctrinal de lo que significa la protección constitucional del inciso X, del artículo 5º, de la Constitución Federal de Brasil: “A imagem que se protege como

¹⁵²⁶ TORRES, Patrícia de Almeida de. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 128, la cual también puede ser entendida por SOUZA (Sergio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos a personalidade*. Barueri, SP: Manole, 2002, p. 84: “Sob o aspecto jurídico, o termo ganha profundidade e extensão, na medida em que se compreende como sendo a imagem da *pessoa física ou jurídica* não só o seu semblante, no aspecto físico (imagem retrato), mas também a imagem que as outras pessoas têm daquele ser (imagem atributo), vale dizer, aquela imagem que alguém faz de outrem quanto aos seus valores éticos-morais”.

¹⁵²⁷ Por todos, se citan dos: SILVA Junior, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores, socialites*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002, p. 14; FACHIN, Zulmar Antonio. *A Proteção Jurídica da Imagem*; prefácio de René Ariel Dotti. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 47.

¹⁵²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade...* cit, p. 90.

¹⁵²⁹ Para citar tres por todos, MORAES, Walter. “Direito à própria imagem (I) ... cit., p. 64; BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à ...cit*, p. 24; BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado...*cit., p. 35.

¹⁵³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.

¹⁵³¹ DIAS, Jacqueline Sarmiento. *O Direito à imagem...* cit., p. 75 y s.

¹⁵³² DINIZ, Maria Helena. “Direito à imagem e sua tutela”... cit., p. 102.

¹⁵³³ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada...*cit, p. 17.

direito da personalidade é aquela que pode ser reproduzida através de representações plásticas, compreendendo o direito que tem a pessoa de proibir a divulgação de seu retrato. A imagem é a figura, representação, semelhança ou aparência de uma pessoa ou coisa. Para o direito da personalidade, a imagem é entendida como a representação gráfica da figura humana, mediante procedimento de reprodução mecânica ou técnica. Juridicamente, é facultada exclusivamente à pessoa do interessado a difusão ou publicação de sua própria imagem e, com isso, também o seu direito de evitar a sua reprodução, por se tratar de direito da personalidade. Assim, a reprodução da imagem da pessoa não pode ser publicada ou exposta sem a devida autorização da pessoa retratada¹⁵³⁴.”

No obstante esta protección clara de la vertiente moral del contenido del derecho a la propia imagen en Brasil, es necesario exponer 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, que rechaza la posibilidad de proteger la vertiente patrimonial, es innegable concluir que el contexto de la redacción de la Constitución brasileña abarca las dos hipótesis conceptuales, pues la parte final del inciso prevé, expresamente, que será “asegurado o direito a indenização pelo *dano material ou moral* decorrente de sua violação”. Pues bien, la justificación de la inclusión del aspecto positivo en sede constitucional pretende conferir más eficacia y respeto al derecho a la propia imagen como un todo, y puede reforzarse esta inclusión con la afirmación de que cuanto más abierto sea el concepto, más hipótesis de tutela constitucional se le han de atribuir y más atención se deberá dedicar al estudio constitucional de este derecho. En este sentido, es incontestable, para la doctrina brasileña, que la imagen que está inserta en el inciso X, del artículo 5º de la Constitución, posee esa doble protección jurídica, pues como plantea AFFORNALLI “o direito à imagem compõe-se de elemento moral e material, resultando deste fato a alegação de que possui conteúdo duplo. O conteúdo moral se evidencia quando da proteção do interesse da pessoa que deseja impedir a divulgação de sua imagem, e o elemento material dá ao titular do direito a possibilidade de exploração¹⁵³⁵”.

¹⁵³⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade...*cit, p. 123.

¹⁵³⁵ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem...*cit., p. 37.

En la misma línea, este planteamiento viene también del caso *Cássia Kis* (RE 215984, de 4 de Junio de 2002), más arriba citado: 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. La sentencia, *expresamente*, afirma que “(...) a publicação da fotografia de alguém, *com intuito comercial ou não*, causa desconforto (...)”. 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*¹⁵³⁶”; 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 positivo¹⁵³⁷”. 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*¹⁵³⁸ admite la vertiente patrimonial del concepto del derecho a la

¹⁵³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo RE 95872 / RJ - Rio de Janeiro, Recurso Extraordinário, Relator(a) Min. Rafael Mayer, 10/09/1982, Primeira Turma, Publ. DJ 01-10-82, p. 09830, Ementa vol-01269-02, p. 00561, RTJ vol-00104-02, p. 00801.

¹⁵³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo RE 91328 / SP - São Paulo; Recurso Extraordinário, Relator(a) Min. Djaci Falcão, 02/10/1981, Segunda Turma, Publ. DJ 11-12-81, p. 12605, Ementa vol-01238-02, p. 00383, RTJ vol-00103-01, p. 00205.

¹⁵³⁸ En gran medida este trabajo se centra en un estudio del derecho a la propia imagen en ámbito estrictamente constitucional, y por ello me dedico a analizar la jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal de Brasil*. No obstante, el STF no se ha manifestado, de forma explícita, sobre esta distinción hecha en la doctrina española, pero el *Superior Tribunal de Justicia* lo hizo en varias oportunidades. El Recurso Especial 74.473 – RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: "Direito autoral. Direito à imagem. Produção cinematográfica e videográfica. Futebol. Garrincha e Pelé. Participação do atleta. Utilização econômica da criação artística, sem autorização. Direitos extrapatrimonial e patrimonial. Locupletamento. Fatos anteriores às normas constitucionais vigentes. Prejudicialidade. RE não conhecido. Doutrina. Direito dos sucessores à indenização. Recurso provido. Unânime. I-O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II- O direito à imagem constitui um direito de personalidade, extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. III- Na vertente patrimonial o direito à imagem protege o interesse material na exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais. A utilização da

propia imagen del inciso X, del artículo 5º, de la vigente Constitución de Brasil, uniéndose a la postura doctrinal mayoritaria.

5.2.2 La imagen del inciso XXVIII, “a”, del artículo 5º: el “direito de arena”

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 incisos del artículo 5º. En efecto, se comprueba, con un análisis literal, que el contexto del inciso XXVIII, “a”, no es el mismo que el del inciso X. Para ilustrar esta afirmación, voy a transcribir las disposiciones que preceden y que suceden a este precepto concreto:

“Art. 5º (...)

XXVII – aos *autores* pertence o *direito* exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

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;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das *obras* que criarem ou de que participarem os criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

imagem de atleta mundialmente conhecido, com fins econômicos, sem a devida autorização do titular, constitui locupletamento indevido ensejando a indenização, sendo legítima a pretensão dos seus sucessores.” En la misma línea, reconociendo el derecho patrimonial que emana de la imagen el STJ se pronunció sosteniendo que (STJ, 4ª Turma, Relator Min. Barros Monteiro, Recurso Especial 67.292-RJ, publ. 12-4-99): “ a exploração indevida da imagem de jogadores de futebol em álbum de figurinhas, com o intuito de lucro, sem o consentimento dos atletas, constitui prática ilícita a ensejar a cabal reparação do dano. O direito de arena, que a lei atribui às entidades desportivas, limita-se a fixação, transmissão e retransmissão de espetáculo esportivo, não alcançando o uso da imagem havido por meio da edição de álbum de figurinhas”.

XXIX – a lei assegurará aos *autores* de *inventos* industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às *criações* industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;” (cursivas mías).

Queda, por tanto, muy claro que la intención de la sistemática constitucional, al tratar la imagen en la letra “a”, del inciso XXVIII, es la protección del derecho de autor (propiedad intelectual). Esta argumentación se deduce de la lectura del inciso precedente, el cual protege el derecho exclusivo de los autores a la utilización, publicación o reproducción de las obras. Se interpreta un mensaje similar, de protección a la propiedad intelectual, en la letra “b” del inciso XXVIII, la cual regula el derecho de fiscalización del aprovechamiento económico de las obras. En el inciso XXIX, se establece la protección constitucional a la propiedad industrial, a las marcas y a los derechos conexos. Por ello, se debe afirmar que el inciso XXVIII, “a”, protege al *co-autor* o *partícipe* que ha creado la *obra*, así como a quienes hayan participado individualmente en ella con su imagen o voz. Si se hace una interpretación gramatical, el cometido de la norma indica que el Parlamento ha de elaborar una ley (o que se encuadre en la ley vigente) que tutele los derechos de autor, y por consiguiente, de forma subsidiaria, que se proteja la imagen individual en el caso de que ella esté integrada en la obra. En este sentido, entre los bienes que han ser protegidos por la ley del derecho de autor estarían la imagen y la voz humanas, si bien son ajenas al concepto de propiedad intelectual¹⁵³⁹.

Quiero hacer notar que la dicción de esta norma no añade nada al concepto constitucional de propia imagen que he expuesto en el apartado anterior. En realidad, se trata de una garantía “específica” de la protección genérica del inciso X, del mismo artículo 5°. Podía justificarse la inclusión de la palabra imagen en ese precepto por la relación histórico-contextual que este bien de la personalidad siempre ha tenido con los derechos de propiedad intelectual, pues ya se ha analizado que las primeras legislaciones que reconocieron explícitamente el derecho a la propia imagen regulaban

¹⁵³⁹ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.5

esos derechos¹⁵⁴⁰. Parecer ser, a primera vista, que la intención de la Constitución brasileña, es establecer que siempre habrá de ser protegida la persona que, a través de la utilización de su imagen, participe individualmente en una obra colectiva. Merece, pues, tutela constitucional el individuo que haya participado con el uso de su imagen, de forma activa, en una obra colectiva, esto es, será objeto de protección por este inciso la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales del aspecto físico externo de la persona que colaboró individualmente en la obra como un todo, y que tiene una participación imprescindible en el resultado.

Sin embargo, consultando las actas de la Asamblea Constituyente, se comprueba que la redacción dada estos tres incisos ha estado influida por la exposición del escritor JOSÉ LOUZEIRO sobre el “Direito Autoral”, presentada en la subcomisión de derechos y garantías individuales¹⁵⁴¹. Para tal intervención, el ponente usó la base doctrinal del libro “Direito de Autor”, de ANTONIO CHAVES¹⁵⁴², y los principios positivos de la ley de derecho de autor vigente en aquella época, la *Lei* n° 5.988, de 14 de diciembre de 1973. Así, puede encontrarse la raíz de la redacción del inciso XVIII, “a”, si se examina el artículo 100, del Capítulo IV (*direito de arena*), del Título V (*dos direitos conexos*), de la ya derogada *Lei*: “A entidade a que esteja vinculado o atleta, pertence o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos de espetáculo desportivo público, com entrada paga. Parágrafo único. Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo”.

Se ha de admitir que el artículo 100 de la citada *Lei* se refiere al llamado *direito de arena*, una innovación brasileña en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual¹⁵⁴³. El *direito de arena*, según ANTONIO CHAVES, sería la “prerrogativa que compete ao esportista de impedir que terceiros venham, sem autorização, divulgar tomadas de sua imagem ao participar de competição, ressalvados os casos

¹⁵⁴⁰ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.1

¹⁵⁴¹ Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento), quarta-feira 27 de Maio de 1987, p.74 y ss. Disponible en www.camara.gov.br.

¹⁵⁴² CHAVES, Antônio. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

¹⁵⁴³ Afirmaba ASCENSÃO (José de Oliveira. “Direito ao Espetáculo” in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n° 366, p 41-55, maio 1987) que ni el ordenamiento jurídico portugués ni en cualquier otro, había una previsión análoga.

expressamente previstos em lei¹⁵⁴⁴”. En este sentido, aclara OLIVEIRA ASCENSÃO que “o direito de arena surge a propósito de um espectáculo desportivo público, com entrada paga (art. 100). Pressupõe portanto a intervenção de participantes que são genericamente designados pela lei como atletas. 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 (...)”¹⁵⁴⁵. Aunque sea demasiada larga la cita, conviene reproducir las palabras de este último autor, que para explicar mejor este nuevo derecho argumenta que “(...) Nunca se exigiram aos jornais desportivos contrapartidas pelas reportagens que publicam. Nunca às emissoras de rádio foram reclamados direitos pela emissão. Aconteceu, sim, cobrarem-se taxas pela utilização de cabines especiais, sobretudo nas competições internacionais. Mas no que respeita à actividade que desempenham, o princípio é o da liberdade. Já no domínio da televisão a situação é diversa, em Portugal como nos outros países. Seja-nos permitido apenas realçar o que se passa nas grandes competições desportivas internacionais, como as Olimpíadas e a Taça do Mundo de Futebol. Os direitos exigidos pelos organizadores às empresas de televisão têm subido em flecha, atingindo hoje quantias fabulosas. Eles representam uma das principais, senão a principal, fonte de financiamento dessas realizações. É conhecida a onerosidade dessas contrapartidas e a correspondente dificuldade de as emissoras menos abastadas se abalancharem a transmitir todos os espectáculos (...) Significará isto que os clubes ou as entidades organizadoras do espectáculo têm um direito sobre ele? Assim o entendeu a lei brasileira, ao criar um novo direito conexo ao direito de autor, diferentemente de todos os conhecidos até agora: o *direito de arena*”.

La inserción de este derecho en la legislación sobre derechos de autor ha sido objeto de varias críticas. También se ha discutido la opinión de uno de los co-autores del proyecto de la ley, ANTONIO CHAVES, y las de OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSE GERALDO DE JACOBINA RABELLO, CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES, HENRIQUE GANDELMAN¹⁵⁴⁶, entre otros. Planteaban los críticos, con acierto, que

¹⁵⁴⁴ CHAVES, Antônio. *Direito de arena*. Campinas: Julex Livros, 1988, p. 15.

¹⁵⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. “Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena” *In: Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, nº 167, p.37-42, 1992.

¹⁵⁴⁶ CHAVES, Antônio. “Direito de arena” *In: Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, v.77, p.235-256, jan./dez., 1982. Afirma el autor que “Convocado a prestar meu depoimento

con el *direito de arena* no se tutela una obra artística, una creación, una invención, pues “a atividade do atleta que participa de um espetáculo esportivo não pode ser considerada como artística¹⁵⁴⁷”. Este argumento ha prevalecido en la redacción de la regulación posterior que se hizo del derecho de autor (*Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*), la cual no incluyó esta materia. No obstante, el *direito de arena* se ha insertado en el artículo 42, de la *Lei nº 9.615, de 24 de março 1998*, la denominada *Lei Pelé*, que establece las normas generales por las que habrán de regirse las actividades deportivas, y que asimismo regula otras medidas¹⁵⁴⁸.

A tenor de esta explicación, se percibe la nítida influencia y la interrelación entre la redacción del artículo 100 de la derogada *Lei nº 5.988, de 14 de diciembre de 1973*, y el inciso que ahora se está estudiando. Consultando los trabajos parlamentarios, se constata que el inciso XXVIII, “a”, correspondía, en la fase I de la redacción del anteproyecto de Constitución, al inciso XI, del artículo 13, que regulaba “A Expressão da Atividade Intelectual, Artística, Científica e Técnica, Conforme a Lei: a) Os abusos que se cometerem pela imprensa e demais meios de comunicação serão punidos; b) aos autores pertence o direito exclusivo à utilização, publicação e reprodução comerciais ou não de suas obras, transmissível aos herdeiros; c) é assegurada a proteção, conforme a lei, às participações individuais em obras coletivas, e à reprodução da imagem humana, inclusive nas atividades esportivas”. Se pretendió con este precepto, en efecto, desde el inicio de su proposición, proteger el *direito de arena* dentro del contexto de los derechos de autor, pues, pese a que la expresión de la norma es *obra colectiva*, la cual

pessoal numa eventual ação de investigação de paternidade, terei, não apenas de confessar, com toda humildade, nenhuma participação no nascimento dessa criatura, fruto exclusivo dos arroubos e dos ímpetos do Des. Milton Sebastião Barbosa, como até mesmo terei de repudiá-la, com toda energia, pois pelo meu voto tinha sido expungida do projeto, ali vendo-a ressurgir não sei por que demoníacas artimanhas”.

¹⁵⁴⁷ *Id.*, p. 236.

¹⁵⁴⁸ “Art. 42. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem. § 1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento. § 2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo. § 3º O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*”.

daría una idea de creación, el constituyente, al final del inciso, extiende la protección “*inclusive nas atividades desportivas*”.

Sin embargo, es coherente la opinión que rechaza la inserción del *direito de arena* en los derechos de propiedad intelectual a la cual me sumo, pues de éste no se extrae, como se ha explicado, ningún acto que por naturaleza pueda ser considerado como una obra literaria o artística, una obra intelectual¹⁵⁴⁹. El *direito de arena* se presta a otro tipo de protección, ajena a la que se ha de reservar a la propiedad intelectual. Proviene el *direito de arena* de un derecho más amplio y consuetudinario, el denominado “derecho al espectáculo”, el cual, genéricamente, se refiere a cualquier espectáculo público, no específicamente el deportivo. Tiene este derecho, como también el *direito de arena*, la intención de proteger a *la entidad* que proporciona el espectáculo, no propiamente a los individuos que protagonizan tal evento. Se salvaguarda, pues, un derecho del “empresario” a la transmisión del espectáculo, dando protección jurídico-constitucional a esta costumbre *praeter legem*, vigente de modo genérico en diversos países. El objeto de tal derecho, por tanto, sería el espectáculo, cosa incorpórea, en beneficio del empresario¹⁵⁵⁰.

No obstante, tampoco podría incluirse o confundirse el *direito de arena* con el derecho a la propia imagen, porque se configuran como diametralmente distintas la titularidad del derecho a la propia imagen y la del *direito de arena*. Como he expuesto, el titular del *direito de arena* es la entidad a la cual pertenece el atleta, el cual, a su vez, tendrá la protección constitucional de su derecho a la propia imagen por la participación individual en el *espectáculo*. El *direito de arena* alcanza al conjunto del espectáculo y el derecho a la propia imagen se destina a proteger a la persona individual. Esta es una situación muy fácil de ver en el caso de los partidos de fútbol: los equipos tendrían el *direito de arena* de negociar, autorizar y prohibir la transmisión o la retransmisión de la

¹⁵⁴⁹ Comenta CHAVES (Antônio. “Direito de arena” *In: Revista...* cit., p. 236-237) la opinión de HENRIQUE GANDELMAN de que “A atividade do atleta que participa de um espetáculo esportivo não pode ser considerada como artística, não se cogitando, por isso, a rigor, de um direito de intérprete, embora reconheça que certos atletas representam, na arena, verdadeiros artistas, que criam o Belo, na fase de seu talento e de sua capacidade de improvisação”. Ejemplifica con “a beleza imorredoura do gol de placa de Pelé, no Estádio do Maracanã, dos dribles de Garrincha e das defesas magistrais do goleiro Gilmar”.

¹⁵⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direito ao Espetáculo” *in Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 366, p 41-55, maio 1987.

“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 doctrina¹⁵⁵¹.

Existe, pues, en el inciso XXVIII, a, del art. 5º, una tutela constitucional específica de la “imagen participativa”, o sea, se protege, en el seno de la vigente Constitución Federal de Brasil, la participación de la persona que a través de su imagen integra la “obra colectiva”. Por ello, insisto, nada aporta esta disposición al concepto constitucional del derecho a la propia imagen del inciso X, del mismo artículo.

5.2.3 La imagen del inciso V, del artículo 5º: el “direito de resposta”

Habiendo estudiado los dos preceptos que citan la palabra imagen, que significa la representación gráfica de las evocaciones y expresiones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana, la primera genérica y la segunda específica, es conveniente ahora examinar el inciso V, del artículo 5º, el primero inciso en el orden sistemático de la Constitución que

¹⁵⁵¹ Para estudiar mejor el *direito de arena*, vid: ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direito ao Espectáculo” in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 366, p 41-55, maio 1987; ASCENSÃO, José de Oliveira. “Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena” In: *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, nº 167, p.37-42, 1992; ASCENSÃO, José de Oliveira. “Princípios constitucionais do direito de autor” In: *Revista brasileira de direito constitucional*, n.5, p.429-442, 2005; ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direitos de Não-Atletas Participantes de Espectáculo Desportivo Público” In: *Tabulae*, v.16, n.13, p.23-52, dez., 1984; ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. “Direito autoral e direito de arena” In: *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, v.1, n.4, p.79-96, out./dez., 2000; BELLINI JUNIOR, João. “Reflexos tributários na cessão do direito de imagem e uso do nome profissional” In: *Interesse Público*, v.5, n.22, p.107-124, nov./dez., 2003; CHAVES, Antonio. “Direito de arena, também um direito do juiz” In: *Revista brasileira de educação física e desportos*, v.11, n.50, p.33-35, abr./set., 1982; CHAVES, Antônio. *Direito de arena*. Campinas: Julex Livros, 1988; CHAVES, Antônio. “Direito de arena” In: *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, v.77, p.235-256, jan./dez., 1982; COSTA NETTO, Jose Carlos. “Direito de arena, a defesa do atleta” In: *Revista brasileira de educação física e desportos*, v.10, n.47, p.11-12, jul./set., 1981; FRANCKINI, João Carlos. *O Contrato de imagem - artigo 42, lei n. 9.651/98 - como um instrumento à fraude*. Em: *Justiça do Trabalho*, v.20, n.236, p.59-61, ago. 2003; GRISARD, Luiz Antonio. “Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho de atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem” In: *Justiça do Trabalho*, v.20, n.229, p.54-63, jan., 2003; PIMENTA, Eduardo S. “O direito de arena e a empresa de radiodifusão” in: *Revista jurídica mineira*, v.9, n.109, p.7-12, set./out., 1994; RABELLO, Jose Geraldo de Jacobina. “Do Direito de arena” In: *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v.12, n.54, p.13-18, set./out., 1978; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. “Direito de arena” In: *Revista de direito privado*, v.6, n.22, p.226- 240, abr./jun., 2005; TERREL, Joseph Robert. “O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem” in *Revista do Direito Trabalhista*, v. 9, nº 11, p. 17-21, Nov. 2003.

alude al derecho a la propia imagen. He llegado, pues, al momento más importante de toda la exposición de esta tesis doctoral, que es el de distinguir la *dualidad conceptual* que la doctrina mayoritaria propone para el derecho a la propia imagen, inserto en el texto constitucional de 1988. Como inicio, y por una cuestión de interpretación constitucional, es oportuno recordar la redacción de los incisos que contextualizan esta mención constitucional de la palabra imagen del inciso V:

“Art. 5º (...)

IV – é livre a *manifestação do pensamento*, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o *direito de resposta*, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à *imagem*;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

En efecto, no sería adecuado leer el inciso V de forma singular, sino dentro de una Constitución articulada, sistematizada y lógica. Es imprescindible examinar los artículos que están interconectados, para que se interpreten desde una perspectiva sistemática de todo el texto constitucional. Ello también es una exigencia de la interpretación constitucional, en relación con los principios de unidad constitucional y de corrección funcional, a los cuales ya me he referido, pues la Constitución no incluye términos o conceptos sin que haya una relevancia y aplicabilidad político-social. Como he apuntado, el constituyente cita expresamente la *manifestación de pensamiento* en el inciso IV, que precede al inciso V. Sin embargo, se refiere a la manifestación de pensamiento, de nuevo, en el artículo 220, muy relacionado con ése:

“Art. 220. A *manifestação do pensamento*, a *criação*, a *expressão* e a *informação*, sob qualquer forma, processo ou veículo, *não sofrerão qualquer restrição*, observado o disposto nesta Constituição.

§1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

Ante la lectura de este artículo, hay que afirmar que no es muy diferente el contexto sistemático-teleológico de la redacción del inciso V del que rodea al inciso X, porque la *manifestação do pensamento* dispuesta en las dos normas constitucionales, la del inciso IV del artículo 5º, y la del artículo 220, parece tener como homóloga la *libertad de expresión* del inciso IX, la cual precede el inciso X (inviolabilidad personal), al artículo 5º. Si bien el constituyente ha diferenciado estos dos términos, el concepto de *manifestar* es “1. declarar, dar a conocer; 2. descubrir, poner a la vista”, y *expresar* significa “1. *manifestar* con palabras, miradas o gestos lo que se quiere dar a entender; 2. darse a entender por medio de la palabra”¹⁵⁵². Por supuesto, la manifestación del pensamiento está dentro del contenido de la libertad de expresión, pues ésta, como ya se ha razonado en esta tesis, desde su originaria consideración liberal, es una libertad frente al Estado. La libertad de expresión nace primero que la expresión misma, pues para exteriorizar algo, hay que gestar antes ese algo. Por ello, es imprescindible que haya libertad para la elaboración, la formación y la posterior *manifestación del pensamiento*, opinión, idea (etc.). En este sentido, parece que BEZNOS mezcla los dos institutos cuando afirma que “(...) o direito à *liberdade de manifestação do pensamento e de liberdade de expressão intelectual* não se pode configurar de sorte a atingir os outros valores protegidos pelo Ordenamento Constitucional, a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada das pessoas, porque quando isso ocorrer se estará configurando *um abuso de direito*, ensejando reação jurídica do Ordenamento, no sentido não apenas do direito de resposta, mas de indenização, no plano civil e de incidências de penas, no plano penal¹⁵⁵³”. Sin embargo, el constitucionalista LUÍS ROBERTO BARROSO, comentando la diferencia entre la libertad de expresión y la libertad de información, advierte que “A doutrina brasileira distingue as liberdades de

¹⁵⁵² Según la Real Academia Española: www.rae.es

¹⁵⁵³ BEZNOS, Clovis. “A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão e a proteção da intimidade e da vida privada” in *Revista Brasileira de Direito Público RBDP* v. 04, nº 15, p. 09-25, out./dez., 2006.

informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se a tutelar o direito de externar idéias, opiniões, juízos de valor, sem soma, *qualquer manifestação do pensamento humano*¹⁵⁵⁴.

No obstante esta confluencia *sustantiva* entre la libertad de expresión y la manifestación del pensamiento, la Constitución también expone una neta congruencia *formal* entre el artículo 220, - que, como se ha resaltado tiene una profunda relación con el inciso IV - y el inciso IX del artículo 5°. El artículo 220 dispone que los bienes constitucionales allí descritos “*não sofrerão qualquer restrição*, observado o disposto nesta Constituição”, y el inciso IX del artículo 5°, regula que será libre la expresión “*independentemente de censura ou licença*”. Existe, pues, un claro propósito, en estas dos normas, de fortalecer la libertad de expresión, estableciendo, en principio, una cláusula de no restricción. Por ello, puede afirmarse que es prácticamente análogo el contexto sistemático-teleológico de los incisos V (direito de resposta) y X (inviolabilidade pessoal) del artículo 5°, cualquiera que sea el método hermenéutico utilizado para analizarlos.

Ahora bien, el interrogante que surge es cuál sería la intención del *iter constituyente* cuando menciona la palabra imagen en el inciso V (direito de resposta) y en el inciso X (inviolabilidade pessoal). Ya se ha visto que la imagen tiene una protección genérica (inciso X) y una específica (XXVIII, “a”) en la Constitución. ¿Será que el concepto constitucional de *imagem* es el mismo en los tres incisos? La doctrina mayoritaria de Brasil estima que no, y afirma que existe una dualidad de conceptos de la palabra imagen, cuando el constituyente incluyó en el inciso V la expresión “*dano material, moral ou à imagem*”. Empero, antes de exponer mi opinión, es conveniente matizar todos los términos que este precepto contiene, para que después se examine la tesis brasileña de la denominada *imagem-atributo*.

Se ha visto que el concepto de imagen del inciso V tiene que ver con el *derecho de respuesta*. Por una cuestión terminológica, es oportuno observar, de entrada, que son

¹⁵⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Colisão entre liberdade de expressão...cit, p. 59-102.

equivalentes el *direito de resposta* y el derecho a la rectificación, término éste que se usa en España¹⁵⁵⁵. El derecho de respuesta, réplica o rectificación¹⁵⁵⁶ se incorporó al derecho positivo por primera vez en Francia, a través de la ley de prensa del año 1822, entrando teniendo vigencia para los medios de comunicación escritos mediante la ley de 1881. Tal institución se desarrolla durante el siglo XIX, llegando a tener un papel destacado hacia la mitad del siglo XX, cuando el 16 de diciembre de 1952 se aprueba por la Asamblea General de Naciones Unidas la Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación, y también ha adquirido relevancia en el continente Americano, a través del Pacto de San José de Costa Rica¹⁵⁵⁷. En realidad, en Brasil se usan por la doctrina¹⁵⁵⁸ las dos expresiones, *direito de resposta* y *direito de retificação*, como sinónimas, y también en la legislación. Así fueron consideradas en el Decreto N° 678, de 6 de Noviembre de 1992, que promulgó la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969¹⁵⁵⁹, y en la Ley de Prensa, que se tratará más adelante. El derecho de respuesta está íntimamente relacionado con la libertad de *información*, la cual, como se ha insistido reiteradamente, implica una veraz transmisión de noticias periodísticas por los medios de comunicación. Si ocurre lo contrario, es decir, si se publica una noticia no veraz y/o inexacta que provoque un daño a terceros, estos pueden hacer uso del derecho de respuesta, de

¹⁵⁵⁵ Con la publicación de Ley Orgánica 2/1984 de 26 de Marzo, como informa SORIA (Carlos. “El Derecho de Rectificación (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 22 de diciembre de 1986)” en *Documentación de las ciencias de la información*, N° 12, 1989, p. 27-40) se eliminó la dualidad que daba lugar a dos derechos distintos: el derecho de réplica, propio de las personas naturales y jurídicas y el derecho de rectificación de la Administración Pública y autoridades: “Art. 1. Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan y que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.” La diferencia conceptual de los institutos, aduce CARRILLO LÓPEZ (Marc. “Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución española de 1978 (Comentario a la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo)” en *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid* (Ejemplar dedicado a: XXV Aniversario de la Constitución Española), N°. 6, 2003) provenía de la experiencia francesa, la primera en ocuparse del asunto.

¹⁵⁵⁶ Semánticamente, replicar significa contestar o argüir la respuesta o argumento, mientras que rectificar es corregir una cosa que se considere equivocada o inexacta.

¹⁵⁵⁷ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “El Derecho de Declaración, Aclaración o de Rectificación en el Ordenamiento Jurídico Nacional” en *Ius et Praxis*, 2001, vol.7, no.2, p.327-356.

¹⁵⁵⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. “O direito da sociedade à informação jornalística e os direitos da pessoa” in: *Revista de Direito da PMGRJ*, Ano III, n° 3, 2002, p. 171-196.

¹⁵⁵⁹ “Art. 14. Direito de Retificação ou Resposta. 1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial”.

manera proporcional al agravio practicado. En efecto, como se ha concluido, el derecho a la información veraz posee un carácter difuso, pues si la información es inexacta para una persona, lo será para toda la sociedad, y, en este sentido, puede identificarse un terreno objetivo de unidad y de indivisibilidad del objeto de la información. El derecho de respuesta sería la facultad reconocida a la persona afectada por una información inexacta, publicada en cualquier medio informativo, de rectificar, de contestar, en el mismo medio, urgentemente, con independencia de cualquier otra acción que le pudiera corresponder al titular. Se conformaría, pues, como una especie de integración de la noticia. Por ello se afirma que la rectificación, como instrumento de garantía de la veracidad informativa, se incluye en el amplio haz de derechos que integran la libertad de expresión¹⁵⁶⁰. El derecho de respuesta consistiría en un poder más efectivo de aclarar dudas y añadir informaciones a la noticia impugnada, y se ubica, de este modo, en el campo protector de la defensa del individuo, estando regulado en la Constitución brasileña como un derecho fundamental más.

Sin embargo, quiero resaltar que el derecho de respuesta, en realidad, no se configura *materialmente* como un derecho fundamental, sino como una *garantía constitucional para la eficacia* de otros derechos e intereses legítimos. Estoy de acuerdo con la razonable consideración de CHINCHILLA MARÍN, que afirma que el derecho de rectificación es una acción de la que dispone el particular para defenderse de una vulneración de sus derechos – fundamentales o no – e intereses legítimos, imputables a una información difundida por un medio de comunicación¹⁵⁶¹. Es, pues, un instrumento para reaccionar – con la misma prontitud y relevancia con que se dio a conocer al público – contra una información que puede causar perjuicio al particular y que éste considera inexacta. El bien jurídico directamente protegido es, por tanto, el derecho o interés legítimo vulnerado por la información y no, como podría pensarse, el derecho del público a recibir una información veraz¹⁵⁶². No obstante, es también una garantía de la veracidad informativa, pero actuando de modo indirecto. El derecho de respuesta

¹⁵⁶⁰ CARRILLO, Marc. “Derecho a la Información y Veracidad Informativa (Comentario a las SSTC 168/86 y 6/88)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Nº 23, Mayo-Agosto 1988, p. 187-206.

¹⁵⁶¹ CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “Sobre el derecho de rectificación” en *Poder Judicial*, Nº 6, 1987, p. 71-82.

¹⁵⁶² PIERINI, Alicia; LORENCES Valentín, TORNABENE María Inés. *Hábeas data: derecho a la intimidad...* cit., p. 204 y ss.

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. Es un elemento, por tanto, que refuerza la garantía institucional de la formación de la opinión pública libre, y se configura, en definitiva, como una garantía que la Constitución ofrece a la persona de dar su versión de los hechos, en el mismo medio informativo, y en un plazo razonable, cuando haya sido ofendida, acusada o víctima de una noticia inexacta o no veraz en los medios de comunicación de masas¹⁵⁶³. El constituyente brasileño añade a este concepto, que el derecho de respuesta ha de ser proporcional al agravio, en un vívido intento de preservar la inviolabilidad moral de la persona. Ésta, sin duda, es la principal lección que la Constitución quiere transmitir en este inciso.

En el mismo sentido, es oportuno citar el artículo 29, de la *Lei* n. 5.250 de 09 de febrero de 1967 (la llamada *Lei de Imprensa*) que está en conformidad con esta interpretación y que ha servido indirectamente de inspiración para la regulación del inciso V del artículo 5º: “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*”. Como se ve, este artículo también alude al *derecho de respuesta o rectificación*. Aunque esta ley sea anterior a la Constitución de 1988 y varios de sus artículos sean cuestionados en los Tribunales de Justicia, el mencionado artículo 29 es congruente con el texto constitucional. No quiero decir que se ha de interpretar una Constitución a partir de una norma de jerarquía inferior: una ley, pues esto es contrario a la supremacía de la Constitución, que está en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, se constata, *in casu*, que las dos normas pretenden garantizar que la persona posea un instrumento para defenderse de una acusación u ofensa o de una publicación errónea, inexacta o no veraz de hechos que se refieren a ella.

Así, la Constitución, añadiendo más derechos que este artículo legal 29 de la citada *Lei*, además de regular la doble función del derecho de respuesta; de garantía procesal de un derecho del ciudadano, y garante de la veracidad de la información que

¹⁵⁶³ SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Libertad de expresión...* cit., p.281 y ss.

posibilita que el público tenga acceso a versiones diferentes sobre el mismo hecho, quiso independizarlo de los posibles daños que la publicación de una noticia no exacta pueda causar, estableciendo que el interesado también podrá buscar el resarcimiento del daño patrimonial causado o la reparación moral¹⁵⁶⁴. Para corroborar este razonamiento, siempre es importante acudir a los trabajos parlamentarios¹⁵⁶⁵ de la Asamblea Nacional Constituyente de 1987. Cabe traer a colación, nuevamente, las palabras de CÂNDIDO MENDES, quien habló sobre los derechos humanos en la subcomisión de derechos y garantías individuales, *in verbis*: “Meu Deus! O direito de resposta. Vamos ficar na declaração mofina, pobre, covarde, da presente Constituição, sabemos que o direito de resposta como ele está vulnera a pessoa, num câncer irremissível? A resposta está à altura da violência das mídias, que destroem uma *imagem*, publicando o que querem, e permitem que a resposta venha numa pequena, enfermiza e pobre nota, sem qualquer tipo de equilíbrio possível? O apelo da Comissão de Justiça e Paz aos Srs. Constituintes, é no sentido de que, ao regularem o direito de resposta – são tantas coisas – definam, por favor, a proporcionalidade, no texto, e a instantaneidade entre a agressão sofrida e a sua correção. A mais silenciosa, a mais violenta das agressões que caracteriza a tirania das mídias, em nosso tempo, é a falta de balanço e de convalidamento constitucional do direito de resposta, dentro desse quadro. É outro desses novos direitos que nos parecem fundamentais e deve ser reconhecido¹⁵⁶⁶”. Para entender la relación que el mencionado jurista hace del derecho de respuesta con la imagen, resulta oportuno transcribir algunas de las cuestiones a las que respondió tras esta intervención: el constituyente Maguito Vilela volvió a preguntarle al ponente sobre el derecho de respuesta, alegando que iba a sugerir la inclusión de la instantaneidad y de la proporcionalidad de la respuesta en la redacción del inciso que trataría el tema. En este sentido, argumenta CÂNDIDO MENDES que “(...) é preciso também que se dissocie a imediateza, que é a restauração imediata, digamos assim, da idéia de que não é ela apenas que irá eliminar, depois, a composição pecuniária, que é outro problema. A colocação clássica é a seguinte: de que adiantam todas as indenizações do mundo, se a honra é irrecuperável? Então é evidente

¹⁵⁶⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994 y MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Ação Civil Pública e Programação da TV” *In: Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v.1, n.2, p.73-84, jul./dez., 1995.

¹⁵⁶⁵ La interpretación histórica por sí sola no es una forma segura para averiguar el concepto constitucional del derecho a la propia imagen, no obstante ello, puede que ayude a configurarlo.

¹⁵⁶⁶ Actas de la Assembléa Nacional Constituinte del día 24-4-1987, p. 69-70 *in*: www.camara.gov.br.

que as duas colocações têm de ser definidas para garantir o direito de resposta na atribuição do direito à vida. É preciso que se mostre que, às vezes, o problema da lesão, que dá direito à invocação dessa garantia, não é apenas, como na velha Constituição, no caso da honra, mas *é também no direito à imagem, pois essa não se associa necessariamente à honra*. Por exemplo, o Papa Paulo VI as defendeu numa tese da Comissão Pontifícia (...) disse-me: «bocejei nas Nações Unidas». Imaginem o que aconteceria se *um fotógrafo pegasse o Papa bocejando diante do Plenário mundial. Não era agressão à honra, mas à imagem, porque inclusive ela era verdadeira. Acontece que era uma imagem que estava em dissonância com o normal dessa figura*. E o acidente, pela implacabilidade das mídias, se transformaria numa figura de denegrimiento, numa figura menor do que seria a comunicação. *Daí parecer-me muito importante o estabelecimento dessa equivalência entre afirmação como direito da imagem e como garantia do direito de resposta.*”

Está claro, pues, que el constituyente quiso proteger a la persona de un ataque de los medios de comunicación, con la redacción del inciso V. La fuerza de la prensa actual, cuando trata hechos o circunstancias relacionadas con una persona, llevó a esa expresa preocupación constitucional. Hay que hacer notar que la redacción del inciso V, del artículo 5º, de la CF de 1988, hace una síntesis de las palabras de CÂNDIDO MENDES, que se han acabado de transcribir. Como ya he expuesto, los constituyentes no tenían un texto pre-elaborado que les sirviera de base para la redacción de la Constitución y, por ello, tuvieron un papel sobresaliente las audiencias públicas y las ponencias de los grandes estudiosos sobre los temas que serían insertos en la Constitución. Prueba de esta influencia es que tras hablar del derecho de respuesta, enseguida, el jurista CÂNDIDO MENDES comenta el tema de la libertad de conciencia, alegando que “(...) A nossa Constituição, tristemente obsoleta, ainda (...) regula de maneira arcaica o famoso problema da obrigação de consciência”, coincidiendo, perfectamente, el orden de temas de su exposición con la sistemática de los artículos e incisos de la Constitución. Ello aclara, seguramente, la primera idea que el constituyente quiso incluir, cuando redactó el inciso V: que el derecho de respuesta también sería una *garantía de protección* al derecho a la propia imagen contra el efervescente ataque de los medios de comunicación.

Así, consultando los *Diários da Assembléia Constituinte*¹⁵⁶⁷, se constata que en la fase A, el día 17 Junio de 1987, el texto del anteproyecto del *relator* Darcy Pozza, de *Rio Grande do Sul*, en la *Subcomissão I-C de Dos Direitos e Garantias Individuais* preveía en el inciso VI, del artículo 1º, que “a dignidade da pessoa humana, a preservação de sua honra, reputação e *imagem* pública; é assegurado a todos; o direito de resposta a ofensas ou a informações incorretas; a divulgação far-se-á nas mesmas condições do agravo sofrido, acompanhada de retratação, sem prejuízo da indenização pelos danos causados”. En la fase H, la redacción de esta disposición se cambió a “art. 3º- VI – A Honra, a Dignidade e a Reputação: a) É assegurado a todos o direito de resposta a ofensas ou a informações incorretas; b) a resposta far-se-á nas mesmas condições do agravo sofrido, acompanhada de retratação”. El desarrollo de este artículo siguió con varias propuestas de supresiones y adiciones, hasta la actual redacción, que parece haber surgido en la fase N, ya en la *Comissão de Sistematização*, del día 7 de octubre de 1987, cambiándose la anterior estructura del inciso por “art. 6.9: É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato e excluída a que incitar à violência ou defender discriminação de qualquer natureza. É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem. Não serão toleradas a propaganda de guerra ou contra a ordem democrática, e as publicações e exibições contrárias à moral e aos bons costumes”. Se intentó, por la enmienda del constituyente Valter Pereira, de Mato Grosso do Sul¹⁵⁶⁸, suprimir la palabra imagen de la redacción del inciso V, pero tal propuesta fue rechazada porque los constituyentes consideraron que no se alteraría de modo significativo el texto. Otra enmienda que merece indicarse es la del día 3 de febrero de 1988¹⁵⁶⁹, de los constituyentes Ailton Cordeiro (2P015181-6, destaque 383) Mendes Ribeiro (2P00628-A) y Afif Domingos (2P02038), comentada por el presidente de la Asamblea, Ulysses Guimarães. Tras leer la redacción “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, el Sr. Ulysses Guimarães, presidente de la Asamblea, afirma que “É muito importante para os políticos; indenização, evidentemente, em dinheiro e material ao dano, também, da

¹⁵⁶⁷ www.camara.gov.br y www.senado.gov.br

¹⁵⁶⁸ Enmienda:26977, en la fase O del anteproyecto de la Constitución.

¹⁵⁶⁹ *Diário da Assembléia Constituinte*, quarta-feira, 03-02-1988, p. 6825.

imagem. Esta é uma redação que, a Mesa está informada, logra o entendimento geral da Casa. Se logra o entendimento da Casa acredito que seriam dispensáveis palavras de justificação, porque contrário parece que não há”. Uno de los constituyentes que propusieron la enmienda, Mendes Ribeiro, comenta que “Sr. Presidente, V. Ex^a interpretou magnificamente que a Casa acolheu a emenda como de todos”. La votación para la aprobación de esta enmienda recibió 509 votos favorables, 2 en contra y una abstención.

Ante la exposición de la tramitación parlamentaria del inciso V, queda claro que la intención primordial de la inserción de la palabra “imagem” en la redacción del mismo, tanto en su origen, como en el desarrollo de los trabajos de la Constituyente, tenía como fin *garantizar* la protección, por medio del derecho de respuesta, de la imagen entendida como “fotografía”, concepto que coincide con los de los incisos X y XXVIII, “a”, del artículo 5º de la CF.

Por lo que hace a la indemnización, la previsión constitucional habla de daño material, moral o a la imagen. Si se enfoca sólo en la redacción gramatical del texto, podría llegarse a la conclusión de que existe un “daño a la imagen” aparte del daño moral o que, por la conjunción utilizada “ou”, daño moral y daño a la imagen serían sinónimos. Hay que tener en cuenta, empero, que el motivo de la inclusión de la indemnización del daño material y moral en este inciso sólo refuerza la independencia y la importancia del derecho a la propia imagen. De la redacción de la aludida norma y de la manera de interpretar las disposiciones constitucionales que componen su contexto, se ha de llegar a la conclusión de que el constituyente pretendió garantizar, - como se ve de modo elocuente en las palabras de CÂNDIDO MENDES - el derecho de respuesta, además de la combinación de este derecho con la indemnización por los daños que una información inexacta puede causar a la persona humana. La equivocada previsión de los “tres tipos de daño” demuestra su coincidencia con la antigua idea del daño moral, que todavía en aquella época estaba bastante unida al concepto de honor¹⁵⁷⁰. Ello seguramente hizo que los “relatores” del anteproyecto insertasen la palabra *imagem*,

¹⁵⁷⁰ El daño moral se insertó en el texto constitucional justamente en la Constitución de 1988. Se negaba la protección a la personalidad humana, pues se entendía que el dolor psicológico no tenía precio o mensuración económica, como se ve en la aludida sentencia del RE 215984.

además del posible “daño al honor/moral”, como ha defendido, con pasión, el mencionado ponente. El daño a este tipo de imagen que el constituyente quiso establecer, ofreciendo protección al ciudadano, no es más que una especie de daño moral, ya que el *iter constituyente* al citar “dano material, moral ou à imagem” no ha creado una nueva forma de indemnización, porque este tipo de daño está inserto en el daño moral¹⁵⁷¹. En definitiva, hay que admitir que toda esta conjugación de intenciones: la previsión constitucional del derecho de respuesta; el establecimiento de la indemnización para los casos diferentes del ejercicio de este derecho; y la disociación de los bienes de la personalidad honor y propia imagen; dio lugar a la confusa y polémica redacción del inciso V: “*É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”.

5.3. La teoría de la llamada “imagem-atributo”

La doctrina mayoritaria brasileña, no obstante esta confluencia del criterio histórico, del sistemático y del teleológico, señala que la concepción de la palabra imagen del inciso V (*direito de resposta*) no puede ser la misma que la del inciso X

¹⁵⁷¹ La doctrina francesa consagró la expresión *dommage moral*, la cual fue adoptada en Brasil. Por otra parte, la doctrina alemana lo denominó daño no patrimonial (daño *der nicht vermögensschaden ist*), expresión acogida también por la doctrina italiana (art. 2.059 del Código Civil Italiano de 1942). El daño moral como se entiende hoy tiene un concepto bien delimitado: el daño que no afecte al patrimonio de la víctima, el daño no patrimonial (GÓMEZ POMAR, Fernando. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 1, 2000). Una notable y crucial diferencia entre los dos tipos de daños es que los perjuicios patrimoniales son resarcibles (o pueden serlo) *stricto sensu*, retornándose al *status quo ante*, en otras palabras, hay posibilidad del resarcimiento propiamente dicho, integral. En el daño patrimonial se busca la reposición en especie o en dinero por el valor equivalente, encaminada a indemnizar plenamente al ofendido, reconduciendo su patrimonio al estado en que se encontraría si no hubiera ocurrido el daño; con la reposición del equivalente pecuniario, se tiene el resarcimiento del daño patrimonial. La existencia del daño moral ha estado vinculada a la teoría de los derechos de la personalidad (PÉREZ FUENTES, Gisela María. “Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España” en *Revista de Derecho Privado*, N.º 8, 2004, p. 111-146) pues se refiere justamente este tipo de indemnización a una vulneración a los derechos propios de la personalidad humana. Clasifica Roberto BREBBIA los daños morales en: A) Daños morales originados por la violación de los derechos inherentes a la personalidad, que protegen los bienes que integran el aspecto objetivo o social del individuo: a) honor, b) nombre, c) honestidad, d) libertad de acción, e) autoridad paterna, f) fidelidad conyugal, g) estado civil. B) Daños morales originados por la violación de derechos inherentes a la personalidad que integran el aspecto subjetivo del individuo: a) afecciones legítimas, b) seguridad personal e integridad física, c) intimidad, d) derecho moral de autor, e) valor de afección de ciertos bienes patrimoniales. En realidad, como sostiene CAHALI, los casos de daños morales enunciados en los textos legales, indicados en la doctrina o examinados por la jurisprudencia, están relacionados, en sustancia, con la protección de los derechos de la personalidad. Por ello, los autores normalmente clasifican los daños morales según la especie del derecho de la personalidad violado. 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 (CAHALI, *Dano moral...cit.*, p. 56-57).

(*inviolabilidade pessoal*). Se sostiene que este inciso ya garantiza de forma textual la inviolabilidad de la imagen de la persona humana, exigiendo al ofensor una reparación por el daño moral o material. Puede trazarse, en efecto, una evolución de esta doctrina, que empieza con la tesis de HERMANO DUVAL (1988), quien concibe el derecho a la propia imagen como la proyección de la personalidad física (rasgos fisonómicos, cuerpo, actitudes, gestos, sonrisas, indumentarias, etc.) o moral (aura, fama, reputación, etc.) del individuo (mujeres, hombres, niños) en el mundo exterior¹⁵⁷². Empero, huelga inferir que tanto el concepto dado por este autor, como también la justificación que ofrece para conformarlo, iguala la llamada *imagen social* con el contenido *material fáctico* del derecho al *honor*. Se llega a esta conclusión por la interpretación de sus palabras, cuando afirma que el sentido *objetivo* de *imagem* “consiste na alteração material da imagem física do retratado, mediante conhecidos truques de falsas montagens, acréscimos, cortes, justaposições, inversões, supressões ou outras transformações do respectivo negativo-básico e/ou de suas cópias. A personalidade do retratado é atingida diretamente ou por ricochete, às vezes traumatizante, quando sublinhada por legendas depreciativas ou malevolamente insinuadas pelo ângulo da câmara nas fotos captadas¹⁵⁷³”, y el sentido *subjetivo* de *imagem* sería “um epifenômeno, derivado da comunicação de massa por avassaladora publicidade mercantil, invasora parasitária e condicionante da atual sociedade de consumo, que terminou extrapolando o interior do próprio indivíduo, compelido a ter *status* social dentro de um contexto uniforme de mediocridade ou anonimato, onde se projeta com a criação e manutenção de uma *imagem própria*, perceptível na linha do horizonte¹⁵⁷⁴”. En la misma línea, argumenta que “É intuitivo que a conquista de ambicionada *imagem de status*, fruto de longo, hábil e perseverante trabalho profissional de adaptação ao meio ambiente suscita, uma vez firmada, reações invejosas, tendentes a conspurcá-la ou eliminá-la por agressões de toda sorte, com abalo de crédito, inclusive a malícia (...). A aura, fama ou reputação do titular ofendido abalam a estrutura de sua personalidade, exposta ao despreço ou ao ridículo da opinião pública média e não absoluta¹⁵⁷⁵”, y concluye que “Em resumo, na área mais arejada e ampla do Direito Público temos, então a seguinte

¹⁵⁷² DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 105.

¹⁵⁷³ *Íd.*, p. 45.

¹⁵⁷⁴ *Íd.*, p. 49.

¹⁵⁷⁵ *Íd.*, p. 50.

dupla configuração básica: a) alteração física, concreta do negativo e/ou cópia: crime de falsidade, b) inversão do sentido subjetivo da imagem: *crime de difamação*¹⁵⁷⁶”. En realidad esta visión conceptual del derecho a la propia imagen del citado autor se corresponde con parte del contenido del derecho al honor, pues el matiz moral-subjetivo claramente dice “aura, fama, reputación” y la protección penal se encuadraría en el delito de difamación. Por supuesto, no sería adecuado estar de acuerdo con esta hipótesis, pues sería lo mismo que difuminar el derecho a la propia imagen en el concepto del derecho al honor, yendo en contra de la disociación de los dos bienes jurídicos, ya efectuada en este trabajo, disociación que además era, como se ha explicado, la principal pretensión del propio constituyente al insertar la palabra imagen en el inciso V.

Por su parte, el autor ALVARO ANTÔNIO DO CABO NOTAROBERTO BARBOSA (1989) centra el concepto de propia imagen en la representación gráfica del aspecto físico externo de la figura de la persona humana, pues afirma que su concepción sería equivalente a la “representação de uma pessoa no sentido lato de WALTER MORAES «toda sorte de representação de uma pessoa» e ainda dentro do contexto dado por Aurélio Buarque de Holanda «aquilo que evoca uma determinada coisa, por ter com ela relação simbólica; símbolo». Não há que se restringir a característica de imagem à feição (...) há que se considerar como imagem a reprodução de cada uma das partes da pessoa¹⁵⁷⁷”. En la misma línea de este último jurista, SILMA MENDES BERTI (1993) considera que “o direito à imagem que protege o elemento físico da personalidade desaparece com este, enquanto o direito de se opor à publicação da imagem subsiste porque protege um elemento moral da personalidade (...) Este duplo aspecto é, por certo, refletido na noção ambígua do direito à imagem, que não protege apenas o interesse moral que tem a pessoa de se opor à sua divulgação, em situações atentatórias à sua vida privada, mas assegura também a proteção do interesse material a que sua imagem não seja explorada sem a devida autorização e confere-lhe o monopólio de sua exploração. É um direito de personalidade extrapatrimonial, protegendo interesses

¹⁵⁷⁶ *Íd.*, p. 52-53.

¹⁵⁷⁷ BARBOSA, A. A. C. Notaroberto. *Direito à própria...cit.*, p. 24 y ss.

morais. É também um direito patrimonial assegurando a proteção de interesses materiais¹⁵⁷⁸.

Sin embargo, la opinión que ha cambiado el modo de entender el concepto del derecho a la propia imagen en tierras brasileñas es la de LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, que en su obra científica de 1996 y en sus artículos posteriores publicados, divide este derecho en dos conceptos: el derecho a la propia *imagem-retrato*, que coincide con la protección del aspecto físico exterior de la personalidad humana; y el derecho a la propia *imagem-atributo*, que consiste en la tutela del concepto de *imagen social* del individuo, que proviene del desarrollo de sus relaciones sociales¹⁵⁷⁹. Cuestiona el autor en su libro¹⁵⁸⁰ que “(...) Se a imagem-retrato já tem proteção genérica, clara e efetiva no inciso X, qual seria a razão de o constituinte de 1988 proteger novamente a imagem no inciso V? (...) A idéia de imagem vista pelo inciso V é distinta da imagem protegida no inciso X. Trata-se de imagem-atributo, conjunto de características sociais do indivíduo ou de determinada pessoa jurídica que o caracteriza socialmente” (...) Imagem, assim, deixa de ser o retrato, a exteriorização da figura para, em outro campo, pretender ser o «retrato moral» do indivíduo, da empresa, do produto, seu «caráter». No inciso X, estamos falando do indivíduo, onde qualquer extensão a pessoa jurídica seria inaceita. No inciso V, estamos diante de um conceito diverso, mais voltado para a área comercial do que para a os direitos da personalidade. A imagem, assim, ganha esse outro sentido mais próximo da publicidade, distinto do primeiro, e também protegido no texto constitucional (...) O homem moderno, quer em seu ambiente familiar, profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca. Muitas pessoas não fazem questão de serem consideradas relaxadas, meticulosas, organizadas, estudiosas, pontuais, ou impontuais. São características que acompanham determinada pessoa em seu conceito social. Incorpora as relações com a sociedade, o contexto social, que se pode aplicar às

¹⁵⁷⁸ BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem...cit.*, 1993, p. 35-36.

¹⁵⁷⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; “O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional” in *Revista do Advogado- Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos*, Ano XXIII, nº 73, p. 119-126, Nov. 2003 y “A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1998” em *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, (coord) José de Faria Costa e Marco Antônio Marques da Silva. Editora Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2006, p. 515-531.

¹⁵⁸⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional...cit.*, p. 110 y ss.

peessoas jurídicas quanto aos seus produtos e serviços¹⁵⁸¹”. Se argumenta, en síntesis, que no hay una mera repetición del concepto de *imagen-retrato* del inciso V, pues si se entendiera que el bien preservado es el mismo, habría dos protecciones constitucionales garantizando la “misma imagen”. Sostiene el autor que el texto constitucional no contiene palabras inútiles, innecesarias o vagas y que la autonomía de cada uno de los conceptos procede de su enunciado particular, definiendo que la imagen del inciso X es la imagen-retrato y, en cambio, la imagen del inciso V es la imagen-atributo.

La imagen-atributo, insiste el jurista, sería el conjunto de los atributos que caracterizan y reflejan el *concepto social* de la persona. No es la figura exterior, la apariencia o el retrato de alguien. No se confunde con el honor, pues en cuanto éste se relaciona con reputación, buena fama, con la dignidad y el decoro, en cambio, la imagen-atributo se sitúa en el campo del “derecho de respuesta”. En este sentido, ARAÚJO cita un ejemplo vinculado a la religión que aclararía esta dualidad conceptual: una persona que es católica tradicional y fiel a su Iglesia. Si se publica una noticia que afirme que esta persona es atea o que participa en otro grupo religioso, su imagen-atributo estaría completamente desvinculada y distorsionada. Se encuadraría en el mismo caso, la de una persona que es protestante y no quiere ser *identificada* como católica, musulmana, budista o atea. No es que se una ofensa a su honor, pero no se puede dejar de reparar el daño que le causaría una información no veraz sobre su vida. Defiende el autor que el ser humano construye su imagen, que sería la figura pública que el individuo asume: buenos profesionales, buenos padres, hijos disciplinados o no, religiosos o no, una cantidad enorme de comportamientos que la persona elige¹⁵⁸². Cita otro caso que configuraría la imagen-atributo, que sería el de un abogado que dedicó toda su vida a defender a los sindicatos, a los trabajadores. Su “imagen” estaría unida a esta actuación profesional. De otro lado, otro profesional de la abogacía que desarrolló toda su actividad laboral siendo exclusivamente defensor de grandes grupos financieros. Ambos tienen “imágenes” propias y caracterizadas que no se confunden, argumenta el jurista, con el honor, porque pueden ser abogados de un grupo económico de gran porte o de un sindicato de empleados, sin que ello afecte a su honor. Son construcciones de la “imagen” que no tienen en cuenta o tampoco dependen del honor. Según ARAÚJO, esta

¹⁵⁸¹ *Íd.*, p. 31.

¹⁵⁸² ARAÚJO, Luiz Alberto David. “A imagem-retrato e a imagem-atributo:... cit., p.524 y ss.

“imagen” tiene un análogo carácter de fondo publicitario, pues sostiene que creamos esta “imagen”, presentamos nuestra “imagen” e imaginamos que las personas nos soliciten profesionalmente por esta “imagen”, y afirma que una noticia equivocada puede destruir esta idea. No se trataría, pues del honor, sino de la “imagen”, que resultaría dañada, y a esa “imagen”, el autor le atribuye el nombre de *imagem-atributo*.

En este contexto, ARAÚJO alega, por tanto, que la imagen del inciso V no se confunde con la imagen del inciso X, pues puede que se use de modo indebido la “imagen-retrato” por una divulgación no autorizada que valore la “imagen-atributo”, supuesto en que existiría, pues, una vulneración de la “imagen-retrato”, sin que se haya ofendido la “imagen-atributo”. Pone como ejemplo de esa hipótesis la posibilidad de que un profesional que haga una donación a una entidad benéfica y que vea su imagen divulgada de forma indebida, no consentida, tendrá su “imagen-retrato” vulnerada, pero su “imagen-atributo” muy valorada¹⁵⁸³. Sin embargo, considera que puede existir una vulneración de la “imagen-atributo” a través de la “imagen-retrato”, como el en supuesto de una distorsión (montaje) de fotografías. El autor se inclina, por tanto, por el reconocimiento de los dos tipos de “*imagem*”, retrato y atributo, las cuales han de merecer tratamiento diferenciado, ya que no tiene sentido repetir la palabra imagen en los dos incisos constitucionales. El autor también argumenta que el daño a la “imagen-atributo” también puede ocasionar daños materiales y extiende la tutela de esa figura jurídica a las personas jurídicas, e incluso, a los productos, pues puede que haya pérdidas de renta por la atribución equivocada de una noticia que falsee su “imagen-atributo”¹⁵⁸⁴.

En efecto, la tesis de la dualidad conceptual del derecho a la propia imagen defendida por ARAUJO ha convencido la mayoría de los autores que se han dedicado a investigar este tema. No obstante, ZULMAR ANTONIO FACHIN (1999) reconoce esta distinción entre “imagen-retrato” e “imagen-atributo”, pero en su libro alega que “A *imagem* que se tratará, no âmbito desta análise, não é sinônimo de honra, prestígio ou reputação que a pessoa desfruta no meio social. Ao contrário, significa a *imagem* física da pessoa, apta a ser reproduzida por fotografia, escultura, pintura, *filmagem* ou por

¹⁵⁸³ *Íd.*, p. 525.

¹⁵⁸⁴ *Íd.*, p. 527.

outros meios alcançados por técnicas cada vez mais sofisticadas¹⁵⁸⁵”. Es indudable inferir que la opinión de este autor iguala la imagen-atributo al honor, tanto que no desarrolló en su obra exhaustivos argumentos sobre la aludida propuesta de dualidad de conceptos del derecho a la propia imagen. ARNALDO SIQUEIRA DE LIMA también considera equivalentes la entre “imagen-atributo” y el honor, y rechaza, por ello, la protección de la imagen de las personas jurídicas¹⁵⁸⁶.

JACQUELINE SARMENTO DIAS (2000) se adhiere, empero, a la teoría de ARAÚJO, afirmando que “O posicionamento moderno apresenta a existência de duas espécies de imagem dentro do conceito de direito à imagem: imagem-retrato e a imagem-atributo. A imagem-atributo seria o resultado da nossa *vida em sociedade*; nossa *formação diária* no meio em que vivemos¹⁵⁸⁷”. Asimismo, se comprueba esta adhesión cuando se leen las lecciones de GILBERTO HADDAD JABUR¹⁵⁸⁸, de MARIA HELENA DINIZ¹⁵⁸⁹, de DOMINGOS NETTO FRANCIULLI¹⁵⁹⁰, de CLÁUDIA RODRIGUES¹⁵⁹¹, de MARIANA RIBEIRO SANTIAGO¹⁵⁹², de FERNANDO MATHIAS BAPTISTA Y RAUL SILVA TELLES DO VALLE¹⁵⁹³, de

¹⁵⁸⁵ FACHIN, Zulmar Antonio. *A Proteção Jurídica...cit.*, p. 47. Tampco opina por la independencia a esta “imagen social” SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores, socialites*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

¹⁵⁸⁶ LIMA, Arnaldo Siqueira de. “O direito à imagem” em *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 792, outubro de 2001, Primeira Seção, p. 451-463 y en su libro *Íd. O direito a imagem: proteção jurídica e limites de violação*. Brasília: Universa, 2003.

¹⁵⁸⁷ DIAS, Jacqueline Sarmento. *O Direito à imagem...cit.*, p. 73.

¹⁵⁸⁸ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 271 y en su artículo científico *Íd.* “Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil” in *Questões controvertidas no novo código civil*, v.1, São Paulo: Método, 2004, p. 11-44.

¹⁵⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126, en *Íd.* “Direito à imagem e a sua tutela”, *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 79-106 y en sus comentarios al Código Civil Brasileiro en FIUZA, Ricardo; et. All. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31-33.

¹⁵⁹⁰ NETTO FRANCIULLI, Domingos. “A proteção ao direito à imagem e a constituição federal” in *Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v.16, n.1, p.19-38, jan./jun., 2004 (p.32).

¹⁵⁹¹ RODRIGUES, Cláudia. “Direito autoral e direito de imagem” in: *Revista dos Tribunais*, v.93, n.827, p.59-68, set., BBD, 2005.

¹⁵⁹² SANTIAGO, Mariana Ribeiro. “Direito de arena” In: *Revista de direito privado*, v.6, n.22, p.226-240, abr./jun., 2005.

¹⁵⁹³ BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. *Os Povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. Instituto Socioambiental: São Paulo, 2004.

CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA¹⁵⁹⁴, así como también de ESTELA CRISTINA BONJARDIM (2002)¹⁵⁹⁵, quien opina que “o texto constitucional fala em dano moral, material e dano à imagem. O sentido de imagem que o constituinte assegurou é o do *retrato moral* do indivíduo, da *empresa* ou do *produto*. Assim, ao afirmar que houve dano à imagem, estamos tratando da imagem-atributo. As características de determinada pessoa foram arranhadas pelos meios de comunicação. A imagem-atributo de determinado produto foi abalada. A imagem de determinado restaurante sofreu um abalo. Nesse contexto, surge a exceção das *peessoas jurídicas*, que não tem imagem como decorrência do direito da personalidade, mas podem ser protegidas e indenizadas quando violada sua imagem-atributo pelos meios de comunicação (...) A imagem-atributo é conseqüente da *vida em sociedade* (...) O chefe de família tem uma imagem que, como é evidente, não se confunde com a imagem-retrato. Pode estar havendo violação da imagem profissional de um médico, sem que, em absoluto, haja qualquer violação à imagem-retrato. (...) A *imagem do Poder Judiciário*, a *imagem do Presidente da República*, a *imagem do líder religioso*, a *imagem do político*. São expressões novas, correntes e incorporadas ao vocabulário nacional, de forma a determinar uma proteção certa e individualizada¹⁵⁹⁶”.

En la misma línea se pronuncia SERGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA en su obra científica cuando admite 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 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*¹⁵⁹⁷”. De modo similar, SERGIO MARTINS RSTON afirma que “(...) A Constituição Federal garantiu o direito à indenização por dano à imagem como um contrapeso da livre manifestação de pensamento mal utilizada, ou seja, geradora de conseqüências negativas para aquele que fora alvo da manifestação. O bem jurídico a ser protegido pela reparação é, como o próprio termo deixa claro, a imagem, a

¹⁵⁹⁴ PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. “Contornos atuais do direito à imagem” In: Revista Forense, v.99, n.367, maio/jun., 2003, p.45-68.

¹⁵⁹⁵ BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado...cit.*, p. 36.

¹⁵⁹⁶ *Íd.*, p. 42.

¹⁵⁹⁷ SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade...cit.*, p. 84.

*reputação*¹⁵⁹⁸”. BRUNO FELIPE DA SILVA MARTIN DE ARRIBAS perfila el objeto de su trabajo desde dos ángulos: la imagen como *retrato* y la imagen como *buena fama*: “queremos dizer com isso que, além daquela concepção *supra*, devemos encarar a imagem também como o modo pelo qual os seres vêem o outro na sociedade. Disso resulta, inclusive, diversa disposição constitucional. (...) Preocupou-se o Primeiro Legislador, além de assegurar a indenização pela *mácula pública da reputação do indivíduo*, com o explicitar a guarida dum bem jurídico que, devido ao avanço das técnicas de captação, reprodução e veiculação da imagem, encontra-se suscetível a lesões (...) Não se trata do corpo que se enxerga, mas do composto moral que se apercebe no Ser, como *sua reputação*, sua consideração, sua nomeada que assume uma variável mais coletiva. É um moral ver-o-outro, que pode ser igualmente prejudicado por agressões repulsivas¹⁵⁹⁹”.

Por su parte, la civilista REGINA SAHM defiende la tesis de la “imagen-atributo” con otros argumentos, cuando explica que el “Direito à imagem nos modernos sistemas contemporâneos designa também a *verdade pessoal* ou o direito de a pessoa ser designada conforme a imagem que faz de si mesma ou o direito de não ser qualificada sob uma *perspectiva falsa*. O bem da imagem retrata a personalidade individual, que conjuga os elementos próprios do sujeito, em sua *qualidade de ator social*, e que o *distingue das demais pessoas*. (...) é o conjunto de faculdades ou prerrogativas jurídicas cujo objeto é toda expressão formal e sensível da personalidade que individualiza a pessoa quer em sua expressão estática (física), quer dinâmica (reprodução), assim como por meio da qualificação ou perspectiva, de acordo com a sua *verdade pessoal*, (existencial), a imagem que faz de si (subjetivamente) e seu reflexo na sociedade (objetivamente), garantida a utilização exclusiva pelo titular, compreendendo a prevenção dos atentados sem prejuízo da indenização por danos causados¹⁶⁰⁰”. Prefiere esta autora dividir el concepto de imagen en *imagem-retrato* e *imagem-*

¹⁵⁹⁸ RSTON, Sergio Martins. “Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória” em *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova série, Ano 7, nº 14, julho-dezembro – 2004, Editora Revista dos Tribunais, p. 91-105.

¹⁵⁹⁹ ARRIBAS, Bruno Felipe da Silva Martin de. “Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade” in *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 164, p. 347-366, out./dez., 2004.

¹⁶⁰⁰ SAHM, Regina. *Direito à imagem...cit.*, p. 34.

*qualificação*¹⁶⁰¹ “(...) A figura da imagem-qualificação ou atributo, como o direito de ser qualificado conforme a *verdade pessoal* de cada um e também de não ser qualificado sem sua anuência”.

5.4. La impropiedad técnico-jurídica del concepto de la “imagen-atributo”

Ahora bien, ante todos estos planteamientos expuestos, trazaré una línea argumental, complementaria y congruente con mi anterior interpretación histórica, sistemática y teleológica. En mi opinión, la configuración constitucional del contenido del derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña de 1988, independientemente de la ubicación del vocablo *imagem*, ha de estar circunscrita a la facultad de aprovechar (positiva) o de excluir (negativa) la posibilidad de representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del *aspecto físico externo* que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana, y no coincide, absolutamente, con la exegesis que la doctrina dominante confiere al inciso V, del artículo 5°.

Al examinar las argumentaciones de la expresiva mayoría doctrinal, que se ha formado después de la teorización de la “imagen-atributo” por ARAÚJO, se constata que gran parte de los autores, algunos de manera rotundamente explícita y otros por vía oblicuamente refleja, acercan o confunden el concepto de esta imagen bien con la *concepción fáctica de honor*, tal y como hizo HERMANO DUVAL, o bien con el moderno concepto del *derecho a la identidad personal*, como defendió REGINA SAHM¹⁶⁰². De hecho, en mi visión personal, la debilidad de la doctrina de la imagen-atributo empezaría en este punto, al no delimitar jurídicamente de modo convincente el objeto de tal pretendido derecho, ni aclarar sus objetivos, entrelazando así, de forma manifiesta, lo qué sería ofensivo a tal supuesta figura jurídica con las vulneraciones al honor y a la identidad personal. En efecto, ya se ha dicho que ha de considerarse un derecho autónomo cuando éste tiene reglas y objeto propios, se determina por sí mismo y no se subsume en otros bienes jurídicos¹⁶⁰³. En este sentido, para que se configurase la

¹⁶⁰¹ *Íd.*, p. 73.

¹⁶⁰² *Vid.*: Capítulo II, epígrafes 2.6 y 2.8

¹⁶⁰³ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.5

autonomía de la “imagen-atributo” sería imprescindible que se separasen los conceptos de estos “tres” derechos, separación que la doctrina mayoritaria ha intentado hacer, sin embargo, en mi opinión, sin éxito.

Analizando los planteamientos y los ejemplos de la tesis de la “imagen-atributo”, se constata que muchos de sus defensores consideran que los conceptos “reputación” y “fama” están protegidos por este derecho. En varios argumentos de la teoría de la “imagen-atributo” se hace alusión expresa a la reputación, la cual, según la Real Academia Española, se define como “1. *opinión* o *consideración* en que se tiene a alguien o algo, 2. el *prestigio* o la estima en que son tenidos alguien o algo”; y a la fama, la cual sería la “1. noticia o voz común de algo, 2. opinión que las gentes tienen de alguien, 3. opinión que la gente tiene de la excelencia de alguien en su *profesión* o arte¹⁶⁰⁴”. Las figuras de reputación y fama, tal y como ya se ha señalado¹⁶⁰⁵, forman parte, de modo sustancial, del bien jurídico del honor. Es forzoso concluir, por tanto, que ha prevalecido en los planteamientos de la teoría de la imagen-atributo el concepto *vulgar* de imagen, una concepción que no es técnicamente jurídica aceptable, pues puede ser sustituida por fama o reputación, equiparándose al concepto de honor¹⁶⁰⁶. En este sentido, CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA afirma que “É importante notar que a imagem-atributo nasce do próprio uso *vulgar* do termo «imagem», o qual passa a significar não apenas a fisionomia e a sua reprodução, mas também o conjunto de características comportamentais que identificam o sujeito. Neste sentido, uma pessoa pode ser diligente ou preguiçosa, obediente ou indulgente, altruísta ou egoísta, progressista ou reacionária¹⁶⁰⁷”. En este mismo sentido, ARNALDO SIQUEIRA DE LIMA plantea que: “A palavra imagem foi bem colocada no texto constitucional discutido, no sentido de que reputação faz parte da imagem (imagem-atributo) do homem, mas não se confunde com a honra, como já discutido anteriormente, ao se afirmar a autonomia do direito à imagem, sobremaneira nos textos jurídicos brasileiros, espanhol e português¹⁶⁰⁸”.

¹⁶⁰⁴ www.rae.es.

¹⁶⁰⁵ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.6

¹⁶⁰⁶ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.2

¹⁶⁰⁷ PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. “Contornos atuais...cit., p.45-68.

¹⁶⁰⁸ LIMA, Arnaldo Siqueira de. *O direito a imagem: proteção jurídica e limites de violação...* cit., p.50.

Para que se haga una mejor comparación entre los dos institutos, es oportuno que se indique las bases doctrinales de esta corriente mayoritaria, las cuales, en síntesis, se fundamentan en el hecho de que: 1) la imagen-atributo está asociada al concepto de la imagen social del individuo, la cual proviene del desarrollo de sus relaciones sociales, “es un resultado de nuestra *vida en sociedad*, nuestra *formación diaria* en el medio en el cual vivimos”; 2) es el conjunto de *características sociales* del individuo; 3) pretende ser el “*retrato moral*”, el “*carácter*” de la persona humana, de la persona jurídica o/y de su producto; 4) es la imagen que alguien hace de otra persona evaluando sus *valores ético-morales*; 5) no se confunde con el honor, pues en cuanto éste se relaciona con reputación, buena fama, con la dignidad y el decoro, se sitúa la imagen-atributo en el campo del derecho de respuesta; 6) no existe razón para que el constituyente prevea la imagen en tres incisos distintos, por ello no se entiende razonable que la Constitución proteja en el inciso V un derecho constitucional ya asegurado; 7) se está ante un concepto de imagen más comercial, cercano al de publicidad, en el cual se incluye la imagen de la persona jurídica.

No resulta difícil trazar una correlación entre las alegaciones de los cuatro primeros planteamientos con el cometido del concepto *fáctico* de honor. La afirmación de que la imagen-atributo proviene del desarrollo de las relaciones sociales (1) del individuo es un fundamento demasiado amplio y de poca precisión técnica, porque, como he concluido en el desarrollo de este trabajo, los derechos de la personalidad también han de estar pensados para surtir efectos dentro del marco del contacto social, pues el ser humano, por su naturaleza, ha de interrelacionarse. Se ha razonado anteriormente que, sea por la debilidad de la superada concepción liberal o por las exigencias del Estado Democrático de Derecho, si los derechos de la personalidad no trascendiesen al ámbito de la alteridad, de la convivencia social, de las implicaciones y proyecciones intersubjetivas, carecerían de relevancia jurídica¹⁶⁰⁹. Los derechos de la persona, en general, no pueden ser pensados para que el ser humano los disfrute de manera aislada, sin que se enfrenten a los conflictos sociales. Tanto la característica de la sociabilidad de la persona como el régimen democrático vigente exigen que los derechos de la personalidad se desarrollen en cualquier espacio, y se puedan adecuar a

¹⁶⁰⁹ Vid.: Capítulo I, epígrafe 1.4; Capítulo II, epígrafe 2.9.2.4.

los choques de las relaciones sociales, que también modelan la personalidad del ser humano. Por ello, decir que el concepto de “imagen-atributo” tiene su origen en las relaciones sociales de la persona no contribuye, absolutamente, a la emancipación de su teoría jurídica, debido a que tal circunstancia es inevitable para la configuración jurídica de *todos* los derechos de la personalidad.

Además, pueden incluirse los tópicos-argumentos (2), (3) y (4) desarrollados por los defensores de la “imagen-atributo” en la *concepción fáctica* del honor, la cual, como ya he examinado, entiende éste bien de la personalidad como la representación de *las diversas cualidades* del individuo que permiten que la persona proyecte un honor individual, que forma parte de su existencia moral, un honor civil, que abraza la estimación pública, un honor político, profesional, científico, literario, artístico, comercial y otros infinitos supuestos que se encuadran dentro de la “respetabilidad” humana¹⁶¹⁰. Esta concepción del derecho al honor siempre traerá consigo una idea altamente *subjetiva* en el concepto, pues cuando se habla de honor fáctico es la sociedad que lo califica (trascendencia), o es el propio titular quien lo estima (inmanencia). En otras palabras, este concepto fáctico de honor equivale a la imagen-atributo, pues dentro de su doble aspecto, el de inmanencia, comprensivo de las representaciones que el sujeto tiene de sí mismo y la voluntad de afirmar el propio valor, y el de trascendencia, que sería la buena reputación o fama, siempre habrá un ángulo subjetivo de esta concepción. La convergencia teórica entre la “imagen-atributo” y la concepción fáctica de honor también se manifiesta en los ejemplos dados para conformar el concepto de esa imagen, pues tienen estos supuestos una profunda conexión con los conceptos que componen el contenido de este tipo de honor. Se llega a tal correspondencia conceptual, cuando se sostiene, por ejemplo, que el individuo construye su “imagen” por sus comportamientos, asumiendo, pues, la figura pública de buen profesional (honor-reputación/fama/prestigio profesional), de buen padre (honor-fama individual), de hijos disciplinados o no (honor-fama individual), de religioso o no (honor-fama individual), pues todos están protegidos por el concepto *fáctico* de honor.

¹⁶¹⁰ Vid: Capítulo II, epígrafe 2.6

En la misma dirección, el planteamiento que intenta independizar la “imagen-atributo” por su vinculación al derecho de respuesta (5) no merece prosperar, en mi modo de ver, por dos motivos bien nítidos. El primero, el propio ARAÚJO admite en su libro que “o intuito do direito de resposta se situa no campo dos instrumentos de defesa do indivíduo contra o direito à informação, que pretende ver retificado equívoco referente a sua pessoa ou resposta a sua *honra maculada* (...) não pode haver dúvida de que o bem protegido pelo direito de resposta é a *honra* do indivíduo. Sua *reputação*, se atingida, ensejará a resposta. Só o ofendido ou acusado poderá responder. É essa a dicção do texto constitucional, que, mesmo não sendo expressa, deixa implícita tal regra. Além da honra, no entanto, outro bem é protegido, a correção da informação. O indivíduo, mesmo que não ofendido ou acusado, poderá pedir a retificação de dados relativos a sua pessoa publicados indevidamente¹⁶¹¹”. No obstante, no es prudente afirmar que el derecho de respuesta se preste exclusivamente a tutelar el derecho al honor, porque puede que haya una publicación de una noticia que no afecte la dignidad personalizada e inmanente del individuo, ni ofenda a su reputación externo-social (trascendente). Como he relatado, el *direito de resposta* brasileño ha sido positivado como una garantía constitucional de eficacia de otros derechos jurídicamente protegidos, que puedan ser vulnerados por una información inexacta y/o no veraz¹⁶¹². Desde esta perspectiva, es manifiestamente infundada la diferencia que se hace entre la imagen del inciso V (*direito de resposta*) y la del inciso X (*inviolabilidade pessoal*), pues el derecho de respuesta no se centra exclusivamente en garantizar la eficacia de un derecho específico (la supuesta imagen-atributo), sino, como se ha planteado, *cualquier derecho* que sea conculcado por una información no veraz o inexacta.

Siguiendo este planteamiento, el otro motivo (6), que intenta habilitar la tesis de la dualidad conceptual de la palabra imagen en el seno constitucional, afirma que no es razonable que la Constitución proteja en el inciso V (*direito de resposta*) un derecho constitucional ya asegurado en el inciso X (*inviolabilidade pessoal*). Esta afirmación además de ser incoherente con la propia historia de la redacción de la Constitución, no es adecuada a la realidad del texto constitucional, dadas las innumerables repeticiones de derechos y núcleos terminológicos que existen, no sólo en el capítulo dedicado a los

¹⁶¹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem...* cit., p. 112-114.

¹⁶¹² *Vid.*: Capítulo V, epígrafe 5.2.3

derechos y deberes individuales y colectivos, sino en todo el cuerpo constitucional. Prueba de ello son los ejemplos de los incisos IV (*manifestação do pensamento*) y IX (*liberdade de expressão*), los cuales, como he defendido, poseen el mismo sentido constitucional, y anteceden los incisos V (*direito de resposta*) y X (*inviolabilidade pessoal*)¹⁶¹³. La idea de que el inciso V (*direito de resposta*) estaría en un contexto distinto del inciso X (*inviolabilidade pessoal*), ha sido detalladamente refutada, dada la equivalente correlación histórica, teleológica y sistemática de las dos disposiciones, razón por la cual no estimo conveniente repetir los argumentos que anteriormente he expresado¹⁶¹⁴.

En la misma línea, se ha de rechazar la idea de que la imagen del inciso V (*direito de resposta*) estaría tendencialmente más dirigida a la publicidad (7), porque, como antes he demostrado, no sería demasiado forzoso o abruptamente difícil, realizando una interpretación puramente *gramatical*, concluir que la parte final del inciso X (*inviolabilidade pessoal*) establece, de forma textual, que es inviolable la imagen de las personas “asegurado o direito a indenização pelo dano *material* ou moral decorrente de sua violação”¹⁶¹⁵. La redacción de este inciso incluye, por lo tanto, la facultad de *explotación comercial* de la imagen del titular. Además, la idea de que existe una imagen de la persona jurídica o de sus productos sólo favorece la argumentación de que la pretendida *imagem-atributo* equivale a la concepción *vulgar* de imagen, pues la empresa no tiene figura humana, pero puede tener *prestigio* y *credibilidade*, características que componen el concepto brasileño de honor.

Estas serían las razones críticas a todos los argumentos que fundamentan la supuesta configuración de la “imagen-atributo”, por su notoria correspondencia con la concepción *fáctica* de honor, puesto que el derecho a la propia imagen, técnicamente, ha de circunscribirse al *aspecto físico visual externo* y no comprende el psíquico-metafórico. Sin embargo, también ha de advertirse que la autora REGINA SAHM, cuando opina a favor de la configuración constitucional de la “imagen-atributo”, confunde esta figura jurídica con el *derecho a la identidad personal*, el cual ya ha sido

¹⁶¹³ *Ibid.*

¹⁶¹⁴ *Vid.*: Capítulo V, epígrafes 5.2.1 y 5.2.3

¹⁶¹⁵ *Vid.*: Capítulo V, epígrafe 5.2.1

examinado en momento anterior¹⁶¹⁶. Entiende la citada civilista que la *imagem-qualificação ou atributo* es el derecho de ser cualificado conforme la *verdad personal* de cada uno y también de no ser cualificado sin su anuencia. Hay que admitir que tal alegación revela una cercana conexión del concepto de la supuesta “*imagem-qualificação*” con la moderna teoría del derecho a la identidad personal o con el *tort false light (publicity wich places the plaintiff in a false light in the public eye)* de la *privacy* estadounidense.

En efecto, resulta demasiado débil la supuesta distinción que se puede hacer entre la “*imagen-atributo*” y el derecho a la identidad personal, pues, si por un lado, las injurias extraídas de una manifestación de juicio de valor o la imputación de hechos deshonorosos¹⁶¹⁷ no pueden ser catalogadas como ofensas a la “*imagem-atributo*”, pues la defensa de la persona injuriada estará protegida por el ámbito conceptual del concepto jurídico del derecho al honor; por otro, las posibles vulneraciones a la supuesta *imagen-atributo*, como sostiene REGINA SAHM, tampoco podrían configurarse en situaciones en las que se publican *hechos falsos que no son deshonorosos*, pues estos supuestos están protegidos por el moderno concepto de la identidad personal¹⁶¹⁸. La doctrina mayoritaria de Brasil no puede pretender, por tanto, incluir en el concepto de la *imagen-atributo* el derecho a la *verdad personal*, a la *historia personal*, a la *identidad genética*, es decir, el *derecho a ser uno mismo* unido al derecho a no ver *distorsionado* el perfil social la personalidad de la persona, pues estos bienes jurídicos son objeto del actual derecho a la identidad personal.

¹⁶¹⁶Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.8

¹⁶¹⁷ Para contrarrestar la opinión de la referida autora civilista, es oportuno traer a colación las palabras de PÉREZ ROYO (J., *Curso de Derecho cit.*, p. 393) quien explica que se distinguen en dos los tipos de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor: la imputación de hechos y la manifestación de juicios de valor. La línea divisoria entre una y otra es clara, pues los hechos son verificables y, en consecuencia, la imputación se puede acabar demostrando como verdadera o como falsa. Los juicios de valor son, por definición, inverificables. En este sentido, no sería prudente incluir las calificaciones subjetivas y valorativas de una *opinión* entre los casos de ejemplifican una vulneración al concepto de *imagen-atributo*, es decir, no podrían incluirse las hipótesis de *manifestaciones de juicios de valor* en los supuestos de ofensa a la *imagen-atributo*, pues con éstas, lógicamente, se atacaría directamente al honor y no la figura jurídica que quiere crear la doctrina mayoritaria brasileña. Tampoco se puede pensar, por una manifiesta incoherencia, que la *imagen-atributo* protege el derecho a que no se imputen hechos deshonorosos a una persona.

¹⁶¹⁸Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.8

El llamado derecho a la imagen-atributo, por tanto, no puede ser considerado un derecho autónomo, pues carece de objeto jurídico, no tiene reglas propias, no se determina por sí mismo, *porque se subsume* o en el concepto del derecho al honor o en el concepto de la identidad personal. Al analizar tales teorías (honor e identidad¹⁶¹⁹), se ha comprobado que la propuesta de inserción de elementos psíquico-metafóricos en el concepto de *imagen física* no ha sido una novedosa tesis jurídica mundial de la doctrina brasileña y, además, se ha constatado que ya se han diferido estos bienes de la personalidad del derecho a la propia imagen. El derecho de la persona de exigir que no se ofenda su reputación, su fama o su propia estima (honor) y el derecho a que su personalidad no sea representada de manera infiel, desnaturalizada o alterada por medio de la imputación de conductas, atributos o cualidades que no tienen relación consigo o por la omisión de las características que son determinantes en su configuración, el derecho de no ver alterado el propio perfil, psicosomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional (identidad), no puede confundirse con la facultad de aprovechar o de excluir la posibilidad de representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana (imagen). Por lo expuesto, es forzoso admitir que carece de sentido técnico-jurídico el concepto constitucional del derecho a la propia imagen-atributo, debido a que esta híbrida concepción comparte inmanentes raíces con la teoría del derecho al honor y converge con los fundamentos del moderno derecho a la identidad personal.

En este contexto, por todas estas incongruencias técnico-jurídicas, es inevitable concluir que las débiles bases doctrinales que sustentan la supuesta configuración constitucional conceptual del derecho a la *imagen-atributo* no poseen una consistencia teórico-jurídica contundente y fiable, pues su contenido sustantivo está, de forma ineludible y confesada, bien relacionado con el concepto *vulgar* de imagen, el cual, por su parte, pertenece inexcusablemente a la concepción *fáctica* del derecho al honor; o bien coincide con el derecho a no ver publicados *hechos falsos, inexactos y no deshonrosos* que alteran, distorsionan, tergiversan y afectan la personalidad del individuo, que es objeto de protección del derecho a la identidad personal. La principal

¹⁶¹⁹Vid.: Capítulo II, epígrafes 2.6 y 2.8

idea que defiende en esta tesis es, por tanto, que con base en la conexión con las reglas tradicionales de interpretación jurídica que han de ser adecuadas a las normas de rango constitucional, las cuales por la textura más abierta y abstracta, imponen que se interprete con matices distintos, esto es, que se respete el principio de la unidad de la Constitución; la hermenéutica que tenga en cuenta el principio del efecto integrador de la Constitución; en la valoración del principio de máxima efectividad de la norma constitucional; que se aplique el principio de corrección funcional; la preservación del principio de la fuerza normativa de la Constitución y la priorización del principio de interpretación conforme a la Constitución, hay que concluir por todo ello que sólo será idónea, a mi modo de ver, la interpretación que se da a la palabra “imagen”, independientemente de su ubicación en la Constitución Brasileña de 1988, si se entiende el contenido del derecho a la propia imagen como la facultad de aprovechar o de excluir la posibilidad de representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana.

5.5. El derecho a la propia imagen y la legislación brasileña

Como ya se ha visto a lo largo de este trabajo, el derecho a la propia imagen ha estado protegido antes de las Constituciones democráticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, si bien de forma refleja, por leyes cuyo objetivo era proteger a otros derechos¹⁶²⁰. La experiencia brasileña no difirió de las demás en este sentido. En este apartado se pretende encontrar, procurando hacer una interpretación lógica y concluyente, una interrelación de las leyes brasileñas que, de forma genérica, tutelan el derecho a la propia imagen.

5.5.1 El derecho a la propia imagen en el contexto del derecho de autor

En Brasil, después de su emancipación en 1822, el Código Civil no se publicó hasta 1916. Tuvo una notable influencia del Código Alemán de 1900, el cual no incluía artículos específicos sobre los derechos de la personalidad. Sostenía BEVILACQUA (el

¹⁶²⁰ *Vid:* Capítulo II, epígrafe 2.1

principal jurista responsable de su elaboración), que la personalidad era un conjunto de derechos, esto es, de poderes de acción asegurados por el orden jurídico. De esos derechos, unos eran fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la honra, a la integridad física, y otros serían desdoblamientos, aplicaciones, modalidades de los primeros. Un derecho sobre la propia persona no le parecía una idea que se ajustara a la lógica jurídica. No obstante esta omisión en la legislación, BEVILACQUA consideró a la persona como la idea más extensa e importante del derecho privado, superior a la de bien, crédito o herencia. Los artículos iniciales son una afirmación del valor jurídico dado a los seres humanos, posibilitando una interpretación que sirvió de apoyo al derecho a defenderse de las ofensas causadas a la persona, si se refiriesen a la esfera económica o a la dignidad, al honor y a los intereses morales¹⁶²¹. En este sentido, paulatinamente se cambió la exégesis del principio de indemnización de daños del artículo 159, el cual, al principio, proyectó su eficacia en las cosas materiales y bienes económicos, pero posteriormente la doctrina y la jurisprudencia entendieron que también estaba incluida la protección de los bienes de orden moral, las manifestaciones de la personalidad, ajenas al patrimonio. El artículo 159 regulaba la regla de la responsabilidad civil (acción u omisión, culpa, resultado y nexo causal) en el Derecho Brasileño “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Esta norma también sirvió para la protección del derecho a la propia imagen, considerándolo un fundamento suficiente para exigir una indemnización por actos ilícitos, dado el carácter de generalidad y abstracción logrados por la labor hermenéutica, que llegó al convencimiento de que el legislador, imposibilitado de prever todos los hechos que emergen de la realidad social, había elaborado normas que, hipotéticamente, podrían solucionar todos los conflictos sociales imaginados o imaginables¹⁶²².

¹⁶²¹ Vid.: BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (vol. 1 e 2). Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.

¹⁶²² También se puede plantear que el art. 1.518 del mismo Código sirve de base a la teoría de la responsabilidad civil, y puede ayudar a la protección jurídica de la imagen. Por otro lado, el art. 160 excluía la ilicitud de los actos de legítima defensa o en el ejercicio regular de un derecho reconocido. FACHIN (*op. cit.* p. 85) afirma que este precepto puede ser interpretado a favor del derecho a la propia imagen, citando jurisprudencia del año 1949, del Tribunal de Justicia de São Paulo que dictó sentencia en el caso de una persona que había reaccionado ante un fotógrafo que intentó sacarle una foto contra su voluntad: “Responsabilidade civil – Fotografia tirada contra a vontade do interessado e com o fim visivelmente malicioso – Destruição da máquina, para evitar a sua reprodução – reação excessiva determinando a concorrência de culpa de ambas as partes – Indenização ao proprietário somente por metade. O retrato é uma emanção pessoal, a sua representação por meio físico ou mecânico. Ninguém

En este contexto, puede decirse que el Código Civil de 1916 (que se elaboró bajo la vigencia de la Constitución Republicana de 1891) fue la primera ley brasileña en tratar, aunque de forma indirecta, el derecho a la propia imagen. También se ha de aludir al artículo 666, inciso X, del mismo Código, que influido por la comentada Ley Alemana de 1907 (art. 22¹⁶²³), estableció que “Não se considera ofensa a direitos de autor: (...) X – A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto”. La dicción legal, de cariz obviamente “autoralista”, define el concepto de persona representada, que consistiría en la persona cuya figura es objeto del retrato o busto, o sea, la persona fotografiada o modelada en el busto. El retratado podría, por tanto, impedir la reproducción, prevaleciendo su voluntad sobre la del propietario/autor del retrato o del busto. Se deduce de esta idea que la persona retratada sería la mayor interesada en la reproducción o publicación de su propia figura, no admitiéndose que contra su voluntad fuera expuesta su figura en público. No se establece el principio del consentimiento, previo o posterior, sólo el de oposición a la reproducción pública o exposición del retrato o busto, que son circunstancias jurídicas distintas. Se constata, por tanto, que a pesar de ser débil y de estar ligada a la protección del derecho de autor, existía una tutela jurídica “refleja” de la propia imagen, entendida ésta como la representación gráfica de del aspecto físico externo de la figura de la persona humana.

Sin embargo, este inciso (X, del art. 666 del Código Civil de 1916) que se acaba de transcribir, fue derogado por la *Lei* nº 5.988, de 14 de diciembre de 1973 (editada bajo la vigencia de la Constitución de 1967/ Enmienda N. 1 de 1969), la cual regulaba los derechos de autor. Se observa que esta *Lei* protegía el derecho a la propia imagen física, en diversos los medios de representación de la *efigie* humana, si no hubiera oposición de la persona representada o de sus herederos. En este sentido, el artículo 49 decía “Não constitui ofensa aos direitos de autor: I – A reprodução (...) f) de retratos, ou

pode ser fotografado contra sua vontade, especialmente para ser pivô de escândalos”. (TJSP. Apelação Cível 1166 – 1ª Câmara. In: *Revista dos Tribunais*, v. 108, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1949, p. 600).

¹⁶²³ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.1

de outra forma de representação de *efígie*, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros”. En el artículo 82, se preveía que “O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la, difundí-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra reproduzida, se de artes figurativas. § 1º A fotografia, quando divulgada indicará de forma legível, o nome do seu autor. § 2º É vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja em absoluta consonância com o original, salvo prévia autorização do autor”. En otro precepto, el 90, la aludida *Lei* regulaba la reproducción de la imagen en el caso de cirugía, supeditando la exposición, difusión o exhibición de *fotografías* o *filmes* a la autorización de ambas personas involucradas en la operación: el médico y la persona operada: “A exposição, difusão ou exibição de *fotografias* ou *filmes* de operações cirúrgicas dependem de autorização do cirurgião e da pessoa operada. Se esta for falecida, da de seu cônjuge ou herdeiros”. Del examen de esta *Lei*, se deduce que el concepto de imagen manejado en la misma no difiere del empleado en el Código Civil de 1916: la imagen *física*.

Sin embargo, esta *Lei* fue derogada por la *Lei* nº 9.610 de 19 de febrero de 1998, que “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”. El artículo 46 de esta nueva ley, que sustituye al citado artículo 49 de la *Lei* 5.988, establece, de forma similar, que “Não constitui ofensa aos direitos autorais: I – A reprodução: (...) c) de retratos, ou de outra forma de representação da *imagem*, realizada pelo proprietário do objeto recomendado, não havendo oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros”. Con una simple comparación *literal* de estos preceptos sobre la propiedad intelectual, se comprueba que tienen, en cierta forma, el mismo canon de protección: el derogado inciso X, del artículo 666, del Código Civil de 1916; el artículo 49, I, “f”, de la *Lei* nº 5.988, de 14 de diciembre de 1973; y el artículo 46, I, “c”, de la *Lei* nº 9.610, de 19 de febrero de 1998. Hay que concluir, pues, que no ha cambiado en lo esencial la *mens legislatoris* en estas tres leyes. Se nota, sin embargo, que la última *Lei* fue la primera en citar expresamente el término *imagen*, mientras las dos anteriores usan los términos retratos, bustos, efigie, fotografías y filmes. Así, lo que se hizo fue sólo una adecuación gramatical y técnica de la formación de la frase

(aspecto formal), no habiendo cambios efectivos en la intención material de estas leyes. Ello quiere decir que a pesar de estar en relación con el derecho de autor, desde la edición del Código Civil de 1916, el derecho a la propia imagen tuvo, en cierto modo, una protección en el ámbito del Derecho Civil brasileño, que se limitaba a la facultad dada al titular de *oponerse* a la pública reproducción o exposición 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.

5.5.2 La protección del derecho a la propia imagen en otras leyes

Por lo que hace a otras leyes que están fuera del ámbito de protección de la propiedad intelectual, es conveniente resaltar la importancia de la *Lei* n. 8.069, de 13 de julio de 1990, el llamado “Estatuto da Criança e do Adolescente”. En el artículo 17, se prevé expresamente una tutela jurídica del derecho a la propia imagen: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”. En efecto, la interpretación de este artículo lleva a la conclusión de que el mismo regula la *preservación* de la imagen, lo cual impide que se utilice, por cualquier medio, la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura humana de la “criança e do adolescente”. La ley pretende, por tanto, proteger la inviolabilidad personal (integridad física, psíquica y moral) de los niños y niñas, desde la perspectiva de la *dignidad de la persona humana*. Se preserva la imagen de la “criança e do adolescente”, en este sentido, para que éstos formen y desarrollen libremente su personalidad, sin que sean molestados con una intromisión ilícita en este bien jurídico. Hay que hacer notar, igualmente, que el legislador distingue expresamente en el artículo 17 la diferencia entre *imagen e identidad*, corroborando así la disociación del objeto de estos bienes jurídicos.

Con la misma intención protectora, se redactó el artículo 143, *in verbis*: “É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Parágrafo único.

Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou o adolescente, vedando-se a *fotografia*, referência ao nome, apelido, filiação, parentesco e residência”. Este precepto, por tanto, prohíbe el uso de la *imagen fotográfica* como *medio* de identificación del menor, pero, en realidad no se configura, con toda su posible eficacia, el derecho a la propia imagen. Esta exégesis también se aplica a otros preceptos del *Estatuto*, los artículos 241 y 247, que regulan algunos tipos penales, los únicos artículos de ese carácter, en el ordenamiento jurídico brasileño, que también conforman la protección jurídica de la imagen de la “criança e do adolescente”.

Se establece en el artículo 241, modificado por la *Lei* nº 10.764 de 12 de noviembre de 2003, que “Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, *fotografias ou imagens* com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente: Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem: I - agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo; II - assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, *cenas ou imagens* produzidas na forma do *caput* deste artigo; III - assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das *fotografias, cenas ou imagens* produzidas na forma do *caput* deste artigo. § 2º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos: I - se o agente comete o crime prevalecendo-se do exercício de cargo ou função; II - se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial”. Se penaliza en el art. 247 “Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo, ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Pena – multa de três a vinte salários mínimos de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. §1º Incorre na mesma pena *quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia* de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou *qualquer ilustração* que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a *permitir sua identificação*, direta ou indiretamente. §2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da

pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação”.

En efecto, esta es la ley que dedica más artículos a la protección del derecho a la propia imagen en Brasil. Se constata que las normas mencionadas tienen una clara intención de tutelar y garantizar la dignidad de la “criança e do adolescente”. El principal hilo conductor de la *Lei* n° 8.069, de 13 de julio de 1990, es, por tanto, el rechazo manifiesto de la exposición ilícita de la “criança e do adolescente”, la cual se potencia, por desgracia, cuando se publica su imagen. Hay que reconocer que la indebida reproducción, publicación y divulgación de la imagen de un niño(a) puede causar un daño de enormes proporciones al desarrollo de su personalidad. Por ello, se hizo una protección rigurosa, coherente y acertada. El legislador percibió la importancia que puede tener la divulgación ilícita de la imagen de los niños y niñas y, de este modo, se preocupó, tanto de forma preventiva como represiva, de protegerlos. Está claro, además, que el artículo 17 de esta *Lei* es el canon de interpretación para los demás artículos que se refieren a la imagen de la “criança e do adolescente”, estableciéndose, en los demás preceptos, una gradación penal de acuerdo con la responsabilidad y con las características circunstanciales de quien maneja la imagen de menores de edad. No obstante, si el ordenamiento jurídico brasileño no ha elaborado todavía una ley específica, sobre el derecho a la propia imagen de la persona humana, mayor de edad o no, no se podía exigir que el *Estatuto* se dedicara, de forma detallada, a prever las formas de divulgación lícita de la imagen de la “criança e do adolescente”.

En el Derecho Mercantil, hay que mencionar la *Lei* n° 5.722, de 21 de diciembre de 1971, la cual instituyó el Código de Propiedad Industrial. Aun sin nombrar expresamente el término “imagen”, dedicó a este derecho el artículo 65: “Não é registrável como marca: (...) III – expressão, figura, ou desenho contrário à moral e aos bons costumes e os que envolvem ofensa individual ou atentem contra culto religioso ou idéia e sentimento digno de respeito e veneração.” La Ley ahora vigente, la n° 9.279/96 (bajo la vigencia de la Constitución de 1988), dispone en el artículo 124 que “Não são registráveis como marca: (...) III – expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou a *imagem* de pessoas

ou atente contra a liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração”. Un punto a destacar es que no obstante la protección expresa de la imagen de la persona, hay una manifiesta distinción entre honor e imagen en el texto de la ley, lo que sólo confirma la autonomía de los dos derechos y también que, como ya he defendido, pueden ser vulnerados de modo independiente. Sorprende, sin embargo, la ausencia de la palabra *intimidación* en la redacción de la ley, dado que su inclusión sería más adecuada a la intención de la misma. Por ello, quizás fuera más coherente la redacción anterior del derogado artículo 65, aunque fuera muy genérica, pues se podría interpretar que tal precepto protege frente a cualquier *ofensa individual*, no sólo frente a las descritas en el vigente artículo 124. En cuanto a la pretensión de proteger la imagen de la persona, cuando se prohíbe el registro de marcas que la ofendan, se ha de acudir al principio de interpretación conforme a la Constitución y entender que el término *imagen* de la redacción del inciso quiere referirse a la representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana. Para que la imagen de una persona se vincule a una empresa o producto, se habrá de firmar un contrato de explotación o uso de la manifestación de tal bien de la personalidad, en el cual figurará la autorización del titular del derecho a que su imagen sea reproducida en los términos acordados.

Por su parte, la legislación electoral brasileña también protege el derecho a la propia imagen, en concreto, en el artículo 45, inciso III, de la *Lei* n° 9.096, de 19 de septiembre de 1995 (también promulgada bajo la vigencia de la Constitución democrática de 1988), la llamada Ley Orgánica de los Partidos Políticos. Dice el citado artículo 45 que “A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade: (...) § 1º Fica vedada, nos programas que trata este Título: (...) III – a utilização de *imagens* ou cenas incorretas ou incompletas, efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem *os fatos ou a sua comunicação*”. Se observa que la ley electoral prohíbe la distorsión de la imagen, su uso de modo indebido, falso, artero, o con la intención evidente de perjudicar al retratado o de modificar los hechos en los que se basa la

información. En este sentido, se estima ilícito que se utilice la imagen, entendida como la representación gráfica del aspecto físico externo, de una forma indebida, distorsionada, no sólo porque así se protege individualmente al titular del derecho, sino también porque existe un interés social en que no se “distorçam ou falseiem os fatos ou a sua comunicação”. La ley electoral se propone prohibir la mala información, la mala comunicación y la transmisión, mediante distorsión de las imágenes, de hechos erróneos, alterados o falsos. De ahí se deduce que la protección del derecho a la propia imagen abarca el derecho individual del titular y extiende su protección a la veracidad de la información, proponiéndose, pues, lograr un doble efecto constitucional.

En el mismo sentido de protección de la imagen *física* de la persona, la *Lei* n° 9.504, de 30 de septiembre de 1997, establece las normas que deben ser observadas durante el proceso electoral, y dedica un apartado específico al derecho de *resposta*: “Do Direito de Resposta. Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o *direito de resposta* a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, *imagem* ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social”. En la misma línea de la citada *Lei* n° 9.096, la ley 9.504 protege los dos bienes constitucionales antes referidos, el derecho a la propia imagen y el derecho a la información veraz. Esta afirmación se justifica en que el ofensor, al utilizar la imagen de forma distorsionada, para atacar la individualidad del ofendido, también podrá estar vulnerando la veracidad de la información transmitida, es decir, el autor de la *alteración material* puede atentar, a la vez, contra estos dos bienes constitucionales. Resulta indudable que con la redacción de esta norma, el legislador quiso completar la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, garantizando la eficacia del principio democrático en el proceso electoral brasileño. En efecto, es de cardinal importancia la protección dada al derecho a la propia imagen y al derecho a la información veraz en estas dos leyes, pues la vida política de la sociedad brasileña ha de tener, como mínimo, una base ética en la propaganda electoral de los candidatos, que irán a ejercer cargos políticos representativos.

5.5.3 El derecho a la propia imagen y el Código Civil de 2002

A diferencia del Código de 1916, el Código Civil brasileño de 2002 se ha dedicado a proteger, de forma expresa, algunos derechos de la personalidad. La inserción de esta categoría de derechos en el “nuevo” Código se debe a la influencia que el Código Civil italiano de 1942 tuvo en la redacción del brasileño. Basta un simple análisis comparado de los preceptos referentes a este tema en Código Civil italiano, para constatar su similitud con el de Brasil, tanto en el Anteproyecto de Orlando Gomes (art. 35) como en el Proyecto de Ley nº 654/75 (art. 21). En el llamado Anteproyecto de Orlando Gomes de 1963, de reformulación del Código Civil de 1916, se adoptó la teoría de la honra (honor), como se deduce de la redacción del artículo 35¹⁶²⁴: La publicación, la exposición o la utilización no autorizadas de la imagen de una persona pueden ser prohibidas a su requerimiento, sin perjuicio de la indemnización. § 1º. La prohibición sólo se justificará si de la reproducción resultara un atentado a la honra, a la buena fama, a la respetabilidad de la persona, o si destinara a fines comerciales. §2º. Los derechos relativos a la reproducción de la imagen pueden ser ejercidos por el cónyuge o por los hijos, si estuviere muerta o ausente la persona. Conviene comentar que Orlando Gomes fue uno de los mayores defensores de la tesis de la absorción del derecho a la propia imagen por el concepto del honor en Brasil. Era favorable a la prohibición de la reproducción o exposición cuando el hecho atentase contra el honor, la buena fama y la respetabilidad de la persona retratada. Sólo en estos casos, el interesado podría requerir la interrupción de la vulneración y exigir la indemnización por el daño que hubiera sufrido¹⁶²⁵. Orlando Gomes justificó la inserción del derecho a la propia imagen en su Anteproyecto afirmando que “A tutela desse direito há de orientar-se no sentido de reprimir o abuso no seu exercício, permitindo-se que impeça a publicação, mas tão somente se, da reprodução, resultar atentado à sua honra, boa fama ou respeitabilidade”¹⁶²⁶. Queda claro, por tanto, que este autor no considera el derecho a la propia imagen de modo autónomo, porque defiende la tesis de que la reproducción de la

¹⁶²⁴ Traducción mía para el español.

¹⁶²⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 136 *Apud* DIAS, J. S. *op. cit.* p. 106.

¹⁶²⁶ GOMES, Orlando. *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do código civil*. Código Civil: anteprojeto, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 2, 1989, p. 162 *Apud* FACHIN, *op. cit.*, p. 126.

imagen no autorizada sería objeto de indemnización únicamente si es un instrumento de ofensa contra el honor de una persona.

Aun habiendo sido archivado, el Anteproyecto de 1963 tuvo profunda influencia en la redacción del posterior Código Civil de 2002, y, por supuesto, sirve de apoyo para una correcta interpretación de este texto. A su vez, el Código Civil, que fue aprobado por el Congreso Brasileño el 10 de enero de 2002, es un resultado tardío del Proyecto de Ley 634/75, el cual fue supervisado, al principio en 1972, por el profesor Miguel Reale, y revisado por una Comisión, siendo publicado de nuevo en 1973 y propuesto en la Cámara de los Diputados en 1975. Se tramitó en el Senado Federal y en la Cámara de los Diputados durante veintisiete años, y ahora es la ley genérica para las relaciones civiles de Brasil. Es considerado más moderno e innovador que el “Anteproyecto Orlando Gomes”, empero, comete el mismo equívoco técnico-jurídico, cuando trata del derecho a la propia imagen. El artículo sobre el derecho a la propia imagen es confuso sobre su autonomía. Dice así el artículo 21:

“Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a difusão de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da *imagem* de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, *se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais*. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

Como informa MARIA HELENA DINIZ, este precepto no ha sido modificado, ni por el Senado ni por la Cámara de los Diputados durante la tramitación del Proyecto¹⁶²⁷. En este sentido, si se hace una comparación entre el artículo 35, del “Anteproyecto Orlando Gomes” y la redacción del artículo 21, del Código Civil, se observa que la *mens legislatoris* informadora del contenido material del derecho a la

¹⁶²⁷ DINIZ, Maria Helena. “Comentários al Código Civil Brasileño” en FIUZA, Ricardo; et. All. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31-33. Informa la autora que la parte general del Código Civil estaba a cargo del ex Ministro del *Supremo Tribunal Federal* José Carlos Moreira Alves.

propia imagen de los dos textos es básicamente la misma. Lo que cambia, de forma manifiesta, es la inserción de los límites del derecho a la propia imagen, y la forma de redactar el lenguaje técnico del artículo 21.

Ab initio, queda claro que la imagen a la cual se refiere el legislador civil es la representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana, pues todo el contexto que precede la palabra imagen lleva a esta insoslayable interpretación. En primer lugar, establece el principio de limitación voluntaria del consentimiento cuando afirma “salvo se autorizadas”, y prevé algunos límites en la primera parte de la redacción “ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”. Sin embargo, estimo que es incompleta la regulación de estos dos institutos, pues, por un lado, no dice el artículo si la autorización ha de ser inequívoca, tácita o expresa, onerosa o gratuita, y se ha omitido, también la posibilidad de la *revocación* y sus efectos. Empero, es conveniente decir que la regla de la *interpretación restrictiva* del consentimiento no había de estar necesariamente explícita en tal artículo, pues es inherente a cualquier interpretación que se haga de los derechos de la personalidad. Por otro lado, es elogiable que el CC haya insertado la palabra *necesaria* precediendo los límites del derecho a la propia imagen, pues el requisito de la necesidad, en cierta forma, limita el mal uso o la utilización incondicionada. No obstante, el texto legal describe sólo *dos* posibilidades de limitar el derecho a la propia imagen, dejando un amplio margen para la labor del intérprete en estos casos. No quiero decir que fuera exigible una previsión que incorporara todos los casos en los que el derecho a la propia imagen suele estar en conflicto con el interés público, pero la redacción podría estar, quizás, mejor elaborada.

Estas omisiones en el artículo 21 del CC tienen una gran congruencia interna con los demás elementos descritos en el mismo. La circunstancia más criticable, desde mi modesto punto de vista, es cómo está concebida la imagen. De la redacción gramatical, se concluye que sólo se protege la imagen de la persona humana cuando su utilización no sea consentida y “*se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais*”. En efecto, al examinar

literalmente dicho artículo, se interpreta que la protección de la imagen está supeditada, aparte de los límites, a la vulneración del consentimiento, y añadida a la ofensa concomitante de por lo menos uno de los cuatro requisitos: 1) vulneración del honor; 2) intromisión ilegítima en la buena fama; 3) vulneración de la respetabilidad o 4) explotación comercial de la imagen sin el consentimiento de la persona.

De entrada, se identifica una impropiedad técnico-jurídica en la redacción del precepto, pues si el legislador quería decir honor y honra, o solamente *honra* como sinónimo de los dos conceptos, no debería citar buena fama y respetabilidad. No obstante, mi principal discrepancia es la no consideración del derecho a la propia imagen por sí mismo, pues en la forma que está escrito el artículo 21 no otorga autonomía formal o material a este derecho. Se observa, no obstante, que hubo una directa influencia en este artículo del “Anteproyecto Orlando Gomes”, el cual, como se ha visto, ratificaba, de modo explícito, la subsunción del derecho a la propia imagen en la protección jurídica de la *honra*. Por el modo en que se ha redactado el artículo 21, FRANCISCO AMARAL ha interpretado que esta norma quiere decir que “A honra, a boa fama e a respeitabilidade são protegidos pelo art. 20, segundo o qual poderão ser proibidos a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa¹⁶²⁸”. Sin embargo, si se entendiera así, sería una clara adopción de la teoría de la absorción del derecho a la propia imagen por el derecho al honor, aquél como *mero* instrumento de éste.

Otra incoherencia que debe indicarse es la conflictiva redacción del párrafo único del citado artículo 21 y el párrafo único del artículo 12, también del CC. El artículo 12 regula expresamente que “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o *cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau*”. No obstante, no creo que exista un motivo de lógica jurídica para diferenciar, de modo específico, la protección *post mortem* del

¹⁶²⁸ AMARAL, Francisco. “A parte geral do novo Código Civil Brasileiro: influência do Código Civil Português” em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2006, p. 43-55.

derecho a la propia imagen de la regulación dedicada a los demás derechos de la personalidad. A mi modo de ver el legislador ha cometido un grave e irrazonable equívoco técnico al elaborar el párrafo único del artículo 21, pues tal y como está redactado, puede restringir, de manera no fundada e inadecuada, la defensa del *halo de memoria de la imagen* de la persona fallecida.

Ahora bien, pese a todas estas impropiedades técnico-jurídicas de la redacción del artículo que trata sobre el derecho a la propia imagen en el Código Civil de 2002, es imprescindible y jurídicamente necesario analizar el artículo 21 de acuerdo con la Constitución Brasileña de 1988. Como ya he afirmado, se ha de rechazar cualquier intento de alteración o menoscabo del derecho a la propia imagen, porque tal interpretación chocaría directamente con los principios constitucionales que estructuran el sistema democrático. La *pura literalidad* del artículo 21, del Código Civil, podría considerarse, en efecto, contraria al carácter autónomo del derecho a la propia imagen según la Constitución Brasileña de 1988 y, por consiguiente, tal precepto habría de ser entendido como inconstitucional. Sin embargo, las palabras de Miguel Reale en la “Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, escritas el 16 de enero de 1975, facilitan otra posibilidad de interpretación: “17.c) Todo um capítulo novo foi dedicado aos Direitos da personalidade, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à *imagem* até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de per si complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da *doutrina e jurisprudência*”. En la misma Exposición de Motivos, se escribe que el legislador civil brasileño, a la hora de examinar las directrices fundamentales que informan el Código Civil, debe tener en cuenta que: “4.a) Compreensão do Código Civil como *lei básica, mas não global* do Direito Privado (...) 4.p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da *realizabilidade*(...)”. En el mismo sentido, el senador Josaphat Marinho, *relator-geral do Projeto de Código Civil no Senado Federal*, argumentó que “há de se compreender que o atual Projeto de Código Civil adota critério de normas concisas e flexíveis, destinadas a facilitar a abrangência

da realidade e das concepções jurídicas sempre em mutação (...) As leis por mais bem feitas que sejam não abrangem nunca toda a realidade que avança sempre além da norma. Captada a essência das mudanças, como no caso está, é de recomendável técnica legislativa reservar ao saber dos doutrinadores e à objetividade da jurisprudência a depuração, no tempo, dos aspectos demasiados polêmicos e de minúcias excessivas. O Projeto de Código Civil reflete essa imagem de segurança e flexibilidade, no tocante aos direitos da personalidade, como no conjunto de suas disposições¹⁶²⁹”.

Ante tales circunstancias es pertinente hacer algunas observaciones. De un lado, tanto el supervisor del proyecto como el relator general en el Senado federal afirman que el CC no regula de forma completa el tema de los derechos de la personalidad, en los cuales está inserto el derecho a la propia imagen. De otro, se puede separar la última parte de esta explicación, en la cual se afirma que la doctrina y la jurisprudencia ayudarán en la tarea de concretar los derechos de la personalidad. Es patente, por tanto, que el CC no trata con profundidad el tema de los derechos de la personalidad, y que tampoco ha sido exhaustivo cuando reguló el derecho a la propia imagen. Lo que podría imaginarse es que el artículo 21 hizo una omisión al no tratar de todas las hipótesis, pues no se refiere a las características de la autorización, no prevé la revocación, ejemplifica poco sobre los límites, y establece, de forma incoherente, que sólo podrá ser requerida la protección de la propia imagen cuando se ofenda *también* el honor, la buena fama, la respetabilidad o si la explotan comercialmente. Podría decirse, con este razonamiento, que el artículo 21 sería inconstitucional por omisión. Empero, conviene interpretar como constitucional este artículo del CC, entendiendo que se trata de ejemplos abiertos (*numerus apertus*) y que no están cerradas (*numerus clausus*) las hipótesis expuestas de posible vulneración al derecho a la propia imagen de la persona humana. La exégesis de este precepto ha de ser la más favorable posible para su constitucionalidad.

Hay que concluir, por tanto, con relación al carácter autónomo del derecho a la propia imagen, que el artículo 21 del CC, sólo *ejemplifica* algunas de las posibilidades de ofensa a la propia imagen, y no las considera tajantes, exhaustivas, cerradas o

¹⁶²⁹ MARINHO, Josaphat. “Os direitos da personalidade no projeto do Novo Código Civil Brasileiro” em *Portugal-Brasil ano 2000*, Coimbra Editora, 1999, p.247-261.

clausuradas. Esta hermenéutica se extrae de las palabras del supervisor del Proyecto en su mensaje a la “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”. Huelga decir que esta es la mejor opción, en mi opinión, para la interpretación de la constitucionalidad del citado precepto, es decir, para que se considere que el artículo 21 del Código Civil de 2002 es constitucional, es imprescindible admitir que los ejemplos de protección al derecho a la propia imagen insertos en el mismo no son absolutos y que su redacción admite otros más. En este sentido, si se interpreta tal precepto desde esta perspectiva, será en consonancia con el *principio de interpretación conforme a la Constitución*, el cual declara que si existe una posibilidad de interpretar este artículo del CC de conformidad con el texto constitucional, así se ha de hacer, pues se garantiza de este modo la legitimidad constitucional y la eficacia jurídica de este artículo.

En efecto, como conclusión de este epígrafe, quiero resaltar que no obstante las impropiedades técnico-legislativas de las dispersas leyes que se dedican a proteger el derecho a la propia imagen, todas ellas coinciden en proteger sólo la acepción de la imagen entendida como representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales visibles del *aspecto físico* externo, nunca el psíquico-metafórico, que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana.

5.6. Análisis de la Jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal*

Antes de iniciar el examen de las sentencias del Alto Tribunal de Brasil, me gustaría explicar algunos puntos. He elegido analizar únicamente la jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal*, en congruencia con la estructura de la tesis doctoral, porque éste es el Tribunal que se dedica estrictamente a juzgar temas de relevancia constitucional. Aunque los demás tribunales puedan o incluso inicien la discusión sobre un asunto, a través del control judicial, que es difuso, el STF es quien tiene la última palabra. He dividido las sentencias del STF en tres partes: a) las anteriores a la Constitución de 1988; b) las que son posteriores a esta Constitución y tratan la imagen desde la perspectiva del aspecto físico externo de la persona humana; y c) las que son posteriores a la Constitución de 1988 y que ubican el término *imagen* en otro contexto.

5.6.1 Las sentencias anteriores a la Constitución

RE 91328/SP, de 02/10/1981: el caso “Denis Carvalho”

Por la escasez de recursos, merecen espacio en este trabajo algunas sentencias que se relacionan con el derecho a la propia imagen, aunque sean anteriores a la Constitución de 1988. La primera sentencia que consta en la base de datos del STF es la referente al RE 91328/SP¹⁶³⁰, el “caso Denis Carvalho”. Se trata de una demanda de dos artistas brasileños, Denis Carvalho y Elizabete Mendes de Oliveira, que pidieron una indemnización, por daños y perjuicios, al *Instituto Cultural e Editora Canadian Post Ltda*, que había utilizado de modo indebido sus fotografías en varias revistas, sin su autorización, para divulgar un curso que la empresa iba a impartir, llamado “Dicas para sua paquera” (“Sugerencias de cómo ligar”). Relata el proceso que en la decisión de la instancia inferior se argumentó que no existía ley expresa sobre el derecho a la propia imagen, pero se razonó, de forma adecuada, que tal bien de la personalidad no podría estar desprotegido jurídicamente. Se advirtió que tanto la doctrina (nacional y extranjera) como la jurisprudencia ya estaban reconociendo varios derechos de la personalidad, dentro de los cuales se sitúa el derecho a la propia imagen. Por ello, se rechazó el planteamiento de la revista de que el “pedido” sería jurídicamente imposible, por faltar la previsión legal en el ordenamiento jurídico nacional. Se basó esta decisión en los artículos científicos de ANTONIO CHAVES y de WALTER MORAES, los cuales defienden el reconocimiento amplio de tal bien de la personalidad, indicando como prueba de la consistencia teórico-jurídica del derecho a la propia imagen algunas sentencias de Tribunales regionales, las cuales prohíben la comercialización no consentida de la imagen de personas. Se alegó que la empresa publicó de modo ilícito la imagen de los actores, pues no les solicitó el debido consentimiento, y que era pertinente la indemnización planteada. Sin embargo, la sentencia del STF, por un criterio formal, no examinó el mérito de la demanda, “no conociendo” el recurso extraordinario interpuesto, por acatar el argumento del Ministerio Público de que sí existía regulación expresa sobre el derecho a la propia imagen: el art. 666, X, del

¹⁶³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 91328/SP - São Paulo, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Djaci Falcao, Fecha: 02/10/1981, Órgano Juzgador: Segunda Turma, Publicación: DJ -11-12-1981, PG-12605, Ement Vol-01238-02, PG-00383, RTJ Vol-00103-01, PG-00205.

Código Civil de 1916. En síntesis, la sentencia del STF resumió que “Direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa correspondente. Indenização pelo uso indevido da imagem. Tutela jurídica resultante do alcance do Direito Positivo”. Se reconoce, por tanto, que el Derecho positivo protegía el derecho a la propia imagen.

La primera circunstancia que se ha de observar es que dada la fecha de esta sentencia, el fallo se basa en las normas de la Constitución de 1967/Enmienda N. 1 de 1969¹⁶³¹. Pese a no haber analizado el *meritum causae*, y por ello no haber ofrecido un concepto concluyente sobre el derecho a la propia imagen, en el extracto, el Tribunal Supremo establece un claro precedente de protección jurídica a la propia imagen de la persona humana. Aunque el derecho a la propia imagen no fuera tratado de modo explícito por la Constitución de 1967/ Enmienda N. 169, como ya he tenido la oportunidad de comentar, la decisión intentó ubicarlo en la normativa vigente en aquel momento. La sentencia no contiene datos precisos de cuándo se interpuso realmente la demanda, y puede que los autores hayan ido a juicio antes de la vigencia de la ley de 1973. Si los recurrentes hubiesen demandado tras la promulgación de esta ley, habría que admitir que la sentencia del STF, a pesar de favorecer los artistas, tendría que estar fundada en la *Lei* nº 5.988, y no en el Código Civil. Pero, como esta sentencia tiene fundamentos jurídicos coincidentes con los del próximo caso, el de la “Passista da Beija Flor”, prefiero analizar todos sus argumentos en el apartado siguiente.

RE 95872/RJ, de 10/09/1982: el caso “Passista da Beija Flor”

El caso de la “Passista da Beija Flor” es más bien una sentencia en la que el Alto Tribunal de Brasil reconoció la protección de la vertiente mercantil del derecho a la propia imagen. Se trata del RE 95872/RJ¹⁶³², en el cual se discuten los derechos patrimoniales de la utilización de la fotografía de una “passista” de la Escuela de Samba “Beija Flor”, por un periódico y por una marca de refrescos, en una promoción

¹⁶³¹ Como hay divergencia en considerar la Enmienda N. 1 de 1969 como Constitución, prefiero referirme a la Constitución de 1967 acompañada de esta cita de la referida Enmienda.

¹⁶³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 95872 / RJ - Rio de Janeiro, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Rafael Mayer, Juzgado: 10/09/1982, Órgano Juzgador: Primera Turma Publicación: DJ 01-10-1982, PG-09830, Ement VOL-01269-02, PG-00561, RTJ VOL-00104-02, PG-00801.

comercial denominada de “Estandarte de Ouro”. En la fotografía, la actora figuraba como protagonista, estaba en el sitio apropiado para el baile de carnaval y, como de costumbre, casi desnuda, lo que era atrayente para la publicidad lucrativa. Esta sentencia también “no conoce” el recurso, pero hace algunas aportaciones. Es muy similar este recurso con el caso “Denis Carvalho”, tanto en el *petitum*, como en el objeto a decidir, empero, esta decisión se basa en dos leyes: el inciso X, del artículo 666, del Código Civil de 1916, y el artículo 49, I, “f” de la *Lei* n° 5.988, de 1973. A diferencia de la sentencia anterior, que se fundamentó sólo en el derogado Código Civil, ésta combina las dos leyes para hallar la protección del derecho a la propia imagen, considerando que “Isso é o bastante para mostrar que, embora poucos os dispositivos legais que se dediquem ao momentoso tema, a proteção à imagem, como direito decorrente ou integrante dos direitos essenciais da personalidade, está firmemente posta em nosso direito positivo”.

Sin embargo, *data venia*, me parecería más acertado y coherente, que la decisión se fundara, no en el Código Civil de 1916, sino en la *Lei* n° 5.988, de 14 de diciembre de 1973. Los magistrados no han tenido en cuenta que el artículo 666, X, de Código Civil de 1916, había sido derogado por la citada ley especial, pues, si se analiza el artículo 134 de esta ley, se constata la clara intención del legislador de derogar las demás leyes que tratasen del tema: “Esta *Lei* entrará em vigor a 1° de janeiro de 1974, ressalvada a legislação especial que com ela for compatível”. En este contexto, de acuerdo con el criterio cronológico (*lex posteriori derogat priori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat generali*), hay que concluir que la *Lei* n° 5.988 es posterior y especial en relación con el Código Civil, lo que implica la derogación tácita del inciso X, del artículo 666, por el artículo 49, inciso I, letra “f”, de la referida ley.

No obstante, la aportación importante de las dos sentencias examinadas es que el derecho a la propia imagen, en cierta forma, fue tutelado, si bien sería mejor decir, el derecho patrimonial de la propia imagen fue protegido por el *Supremo Tribunal Federal*. Además, las sentencias hacen ganar la causa a los recurrentes por considerar ilícito el acto de utilizar su imagen para hacer una campaña comercial, sin su autorización. Se ha de estimar loable el establecimiento del *principio del*

consentimiento, ya que se entendió que la “passista” y los actores merecían una cantidad monetaria a título de resarcimiento patrimonial por el uso no permitido de su imagen, corroborando así la posibilidad de interponerse ante al STF recursos que versaran sobre el aspecto positivo/mercantil del derecho a la propia imagen. El principal mensaje de esta sentencia es que “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”.

RE 101280/RJ, de 27/11/1984: el caso “ASA”

Otra decisión anterior a la vigencia de la Constitución democrática de 1988 es la del Recurso Extraordinario RE 101280¹⁶³³, el caso “ASA”. El recurso provino de una petición de indemnización propuesta por la “Associação dos Atores em Dublagem, Cinema, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa” (ASA), representada por su presidente, contra una editorial que había usado, indebidamente, sin la procedente autorización y con manifiesta intención de lucro, las imágenes de los actores en la segunda publicación de una fotonovela. Entre la primera y la segunda publicación, se editó la *Lei* nº 6.533/78, que disponía en el artículo 13 que: “Não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos, decorrentes da prestação de serviços profissionais. Parágrafo único. Os direitos autorais e conexos aos profissionais, serão devidos em decorrência de cada exibição da obra”. La cuestión de fondo de la sentencia era saber si la autorización dada para la primera publicación de la fotonovela, y la consiguiente cuantía pecuniaria recibida, autorizaría una segunda publicación, que había sido realizada después de la entrada en vigor de la *Lei* nº 6.533/78. Pues bien, la sentencia decidió que los actores que no habían cobrado por la primera publicación deberían recibir un importe monetario, como resarcimiento del trabajo profesional realizado, sin embargo, rechazó la posibilidad de que cobrasen de nuevo los actores que ya habían sido pagados. La gran tarea del STF era analizar el alcance de la autorización para el uso de la imagen de los artistas, pero por un motivo formal, no lo hizo, pues “Não fosse assim, então teriam que ser examinados os limites

¹⁶³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 101280/RJ - Rio de Janeiro, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Aldir Passarinho, Juzgado: 27/11/1984, Órgano Juzgador: Segunda Turma, Publicación: DJ 15-03-1985, PG-03142, Ement Vol-01370-03, PG-00627.

de tais autorizações, o que não se comportaria no âmbito do extraordinário, a teor da jurisprudência que deu margem à Súmula 279-STF”. Se consideró que las autorizaciones originales concedidas por los actores no prohibían expresamente futuras publicaciones, y, además, que la *Lei* nº 6.533/78 no podría ser aplicada al caso, pues no tendría un supuesto efecto *ex tunc*, el cual sería una afrenta a la perfección del acto jurídico. Lo más relevante de esta sentencia es el fundamento de que “Se artistas autorizaram expressamente, mediante pagamento, que suas imagens de trabalho em fotonovela fossem reproduzidas em revista especializada, não podem pretender receber novos valores apenas por terem tais publicações sido posteriores a lei numero 6533/78, e com invocação do disposto no parágrafo único do seu art. 13. É que a lei não poderia atingir ato jurídico perfeito, sob pena de maltrato ao parágrafo 3 do art. 153 da Constituição Federal. Quanto a outros artistas, que não deram autorização para a reprodução e nem receberam pagamento por ela, cabe-lhes direito ao recebimento da indenização”.

Se observa, en primer lugar, que esta recurso tendría una estrecha relación con el “futuro” inciso XXVIII, “a”, del artículo 5º, de la Constitución de 1988. Se aprecia también, en cierta forma, que el STF se posiciona otra vez a favor de la protección del aspecto positivo del derecho a la propia imagen. No obstante, es oportuno recordar que una de las características comunes a los derechos de la personalidad es que estos derechos son *personalísimos*. Por esta peculiaridad, cualquier autorización que se realice o que se relacione con estos derechos, ha de ser interpretada de forma *restrictiva*. Se ha estudiado esta justificación en el apartado dedicado al consentimiento como limitación voluntaria¹⁶³⁴. Por ello, *data venia*, en contra de los razonamientos de esta sentencia del STF, creo razonable que para la nueva publicación de la fotonovela, la editorial hubiera solicitado una nueva autorización expresa de los actores. Considero que es indiferente la promulgación de la citada ley, pues la *interpretación restricta* del contrato de uso de la imagen es una consecuencia lógica de la característica particular de este derecho como integrante de los derechos de la personalidad. Por tanto, es pertinente la exigencia de resarcimiento por parte de los actores, y no tan congruente el

¹⁶³⁴ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.9.1

rechazo del STF, el cual empleó, *in casu*, una interpretación demasiado *amplia*, y por ello, no muy adecuada.

RE 115838, de 10/05/1988: el caso “Mon Tricot”

Otra sentencia que se refiere al derecho a la propia imagen, antes de entrar en vigor la actual Constitución de Brasil, es del RE 115838¹⁶³⁵, el caso “Mon Tricot”. Se trata de un recurso que tiene su origen en la reclamación judicial de una modelo, que en 1977 había hecho una sesión fotográfica para la empresa Paramount Lansul S/A, publicada en la revista “Mon Tricot”. No obstante, en 1980, la Editora Abril Ltda. publicó en la revista “Lãs e Linhas” las fotografías de esa sesión tomadas por la Paramount Lansul S/A, siendo una de éstas la que iba en la portada. La modelo cuestionó judicialmente la actuación ilícita de la actitud de la Editora, afirmando que no había consentido que ésta usara sus fotografías, las cuales sólo podrían haber sido utilizadas por la Paramount Lansul S/A. Pidió, pues, que la Editora se abstuviera de usar sus fotografías, además de solicitar la indemnización correspondiente. La Editora “denunciou à lide” a la empresa Paramount S/A, las cuales sostuvieron el argumento de que la modelo no podría solicitar tal protección, pues no le correspondía el derecho de autora. El juez de primera instancia desestimó la pretensión de la modelo, pero el tribunal “estadual” reformó esta decisión, dando la razón a la retratada. El STF basa los fundamentos jurídicos de la sentencia en la citada *Lei nº 5.988*, y en la doctrina de ANTONIO CHAVES, quien opina que el retrato de una persona no puede ser publicado o puesto a la venta, sin el *consentimiento* del titular del derecho. El STF cita, expresamente, las sentencias que se han acabado de examinar como justificación de la construcción jurídica del derecho a la propia imagen y afirma que “no caso vertente, há que considerar que a divulgação da fotografia da recorrida, para promoção de revista com a qual não contratou, constitui ilícito civil, indenizável na forma prevista em lei”. Se basa la decisión en la doctrina de WALTER MORAES, para concluir que la modelo

¹⁶³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 115838/SP – São Paulo, Recurso Extraordinário, relator(a): Min. Carlos Madeira, Juzgado: 10/05/1988, Órgano Juzgador: Segunda Turma, Publicación: DJ 03-06-1988: “Ementa: Direito à imagem. A reprodução da fotografia não autorizada pela modelo, não ofende apenas o direito de autor da obra fotográfica, mas o direito à imagem, que decorre dos direitos essenciais da personalidade. Se a imagem é reproduzida sem autorização do retratado, há locupletamento ilícito, que impõe a reparação do dano”.

sí tendría derecho patrimonial a la propia imagen y que debería ser indemnizada por la acción ilícita de la Editora: “A reprodução da fotografia não autorizada pelo modelo, não ofende apenas o direito de autor da obra fotográfica, mas o direito à imagem, que decorre dos direitos essenciais da personalidade. Se a imagem é reproduzida sem autorização do retratado, há locupletamento ilícito, que impõe a reparação do dano”.

En efecto, es de gran importancia esta sentencia del STF, pues contribuye, decisivamente, a la construcción jurisprudencial de la autonomía del derecho a la propia imagen. Primero, porque separa con acierto el derecho a la propia imagen del derecho de autor, una confusión técnico-conceptual cometida por las empresas. En este sentido, encuentra el STF argumentos en la legislación de la regencia y en la doctrina sobre este tema, acerca de la singularidad de la protección que se habría de dar a la imagen de la modelo, apartando de este concepto el derecho del autor de la obra fotográfica. Enseguida se refuerza la teoría del consentimiento, que ha de regir la explotación mercantil de la propia imagen, poniendo de manifiesto, si bien de modo indirecto, el criterio de interpretación estricta de la autorización al afirmar que el permiso dado por la modelo para el uso de las fotografías era *exclusivamente* a la Paramount Lansul S/A, a diferencia de lo sucedido en el caso “ASA”. Por ello, el STF considera ilícita la publicación de las fotografías por la Editora Abril Ltda, pues ésta no había solicitado el permiso necesario para tal acto. Además, corroborando lo que he descrito cuando se ha analizado el artículo 159, del Código Civil de 1916, el STF invoca, de forma coherente, la teoría de la responsabilidad civil para sostener que en este caso la modelo fotográfica tiene derecho a recibir una indemnización.

Para concluir el análisis de las sentencias anteriores a la Constitución de 1988, quiero resaltar que el rasgo que tienen en común es que todas se refieren al concepto del derecho a la propia imagen como la facultad de aprovechar (positiva) 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.

5.6.2 *Las sentencias posteriores a la Constitución, que tratan la imagen como aspecto físico externo*

HC 76689/PB, de 22/09/1998: el caso “Menores de Idade”

La primera sentencia después de la Constitución Brasileña de 1988, dictada en el HC 76689, el caso “Menores de Idade”, se refiere, igualmente, a la imagen como manifestación del aspecto físico externo de la persona humana. Se trata de un *habeas corpus* contra una medida socio-educativa de prestación de servicios a la comunidad, con la duración de tres meses, impuesta a dos menores de edad que habían publicado, por vía de una red BBS/Internet, imágenes de “crianças y adolescentes” completamente desnudos y en prácticas sexuales diversas. Los fundamentos jurídicos de la sentencia no se centran en la definición del derecho a la propia imagen ni tampoco en la protección de las personas afectadas por tal publicación, sino que se ciñe a la delimitación del alcance de la expresión “publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente” del delito del artículo 241 en el “Estatuto da Criança e do Adolescente”, el cual ya me he referido en este trabajo¹⁶³⁶. No se debate, en efecto, de forma precisa, el concepto constitucional de la palabra imagen, sino los medios en los cuales la imagen puede ser publicada.

Aquí conviene indicar que la sentencia considera la imagen como la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y tornan reconocible la figura de los (as) niños (as) y adolescentes. En síntesis, lo esencial de la sentencia se que “O tipo cogitado - na modalidade de "publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente" - ao contrário do que sucede por exemplo aos da *Lei* de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da *imagem* para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/Internet de computador (...) Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na

¹⁶³⁶ Vid.:Capítulo V, epígrafe 5.5.2

decisão típica da conduta criminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo (...) Se a solução da controvérsia de fato sobre a autoria da inserção incriminada pende de informações técnicas de telemática que ainda pairam acima do conhecimento do homem comum, impõe-se a realização de prova pericial¹⁶³⁷”.

El mismo sentido dado al concepto de imagen en este recurso está presente en otros dos similares *habeas corpus*, el HC 84561/PR¹⁶³⁸ y el HC 86289/GO¹⁶³⁹.

RE 215984/RJ, de 04/06/2002: el caso “Cássia Kis”

Quizás el mejor planteamiento ofrecido por el *Supremo Tribunal Federal* sobre el derecho a la propia imagen está en el ya referido RE 215984¹⁶⁴⁰. Una Revista había publicado, sin la debida anuencia, con una intención manifiestamente lucrativa, algunas fotografías de la actriz Cássia Kis. El objetivo del recurso era modificar la decisión de la instancia inferior, que había declarado que sólo sería pertinente la indemnización por daños materiales, no estando afectado el ámbito moral de la recurrente. La sentencia se

¹⁶³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 76689/PB – Paraíba, *Habeas corpus*, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Juzgado: 22/09/1998, Órgano Juzgador: Primeira Turma, Publicación: DJ 06-11-1998 PP-00003, Ement Vol-01930-01, PP-00070.

¹⁶³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84561/PR – Paraná, *Habeas corpus*, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Juzgado: 05/10/2004, Órgano Juzgador: Segunda Turma, Publicación: DJ 26-11-2004: “Habeas corpus. Trancamento de ação penal. Divulgação de fotografias contendo cenas de sexo envolvendo criança ou adolescente. Tipicidade, em tese, do crime do art. 241 do eca, na sua redação original, mesmo quando a divulgação das fotos eróticas foi feita por meio da internet. Habeas corpus parcialmente conhecido e, na parte conhecida, denegado. - Não se conhece, em habeas corpus, de causa de pedir não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. - O trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, via habeas corpus, apesar de perfeitamente possível, é tido como medida de caráter excepcional, não se aplicando quando há indícios de autoria e materialidade de fato criminoso. Precedentes. - Não resta dúvida de que a internet é um veículo de comunicação apto a tornar público o conteúdo pedófilo das fotos encontradas, o que já é suficiente para demonstrar a tipicidade da conduta. Ademais, a denúncia foi clara ao demonstrar que qualquer pessoa que acesse o servidor de arquivos criado pelo paciente teria à disposição esse material”.

¹⁶³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo. HC 86289/GO – Goiás, *Habeas corpus*, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Juzgado: 06/06/2006, Órgano Juzgador: Primeira Turma, Publicación: DJ 20-10-2006: Processo Penal. Competência. Crime tipificado no estatuto da criança e do adolescente. Consumação e exaurimento no exterior. Competência da justiça federal. I - Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes cuja consumação se deu em território estrangeiro (art. 109, V, CF). II - O crime tipificado no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consubstanciado na divulgação ou publicação, pela internet, de fotografias pornográficas ou de cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes, cujo acesso se deu além das fronteiras nacionais, atrai a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento. III - Ordem denegada.

¹⁶⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo RE 215984/RJ – Rio de Janeiro, Recurso Extraordinário, Julgamento 04/06/2002, Segunda Turma, Publicación DJ Data-28-06-2002.

basa, casi íntegramente, en la opinión de la representante del Ministerio Público, la *subprocuradora-geral da república* Helenita Caiado de Acioli. El STF argumentó que la instancia *a quo* fundamentó su decisión de modo equivocado, pues consideró que la actriz no había sufrido menoscabo en su reputación, ni tampoco humillación moral por la indebida publicación de las fotos. El STF aclaró que la ofensa a la reputación no era una circunstancia imprescindible para que se configurara el daño moral: “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”. Como ya he analizado anteriormente las principales aportaciones de este recurso no voy a reproducirlas de nuevo, no obstante, es conveniente recordar que: primero, el STF en esta decisión considera la imagen como representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura humana; segundo, se prohíbe el uso ilícito de la imagen no autorizado por el titular del derecho, ratificando el principio del *consentimiento*; tercero, la sentencia confirma la autonomía del derecho a la propia imagen, desvinculándolo del derecho al honor, al afirmar que la publicación de la fotografía de alguien, sin su permiso, causa un malestar, del cual surge la exigencia de la protección constitucional; cuarto, reconoce la posibilidad de una indemnización *moral* combinada con una indemnización material, contemplando el doble aspecto, positivo y negativo, del derecho a la propia imagen inserto en la norma constitucional del art. 5º, inciso X.

MSMC 24832/DF, de 18/03/2004, el caso: “Law Kin Chong”

Los hechos que traen causa al MSMC 24832¹⁶⁴¹ es que el empresario Law Kin Chong, que había sido convocado por una “Comissão Parlamentar de Inquérito” (CPI), formada para investigar la “piratería” de productos industrializados y delitos tributarios,

¹⁶⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MSMC 24832/DF – Distrito Federal, Medida Cautelar em Mandado de Segurança - Relator(a): Min. César Peluso, Juzgado: 18/03/2004, Órgano Juzgador: Tribunal Pleno.

sin que se le comunicara en qué condición sería oído, si como testigo o acusado. El recurrente ya había solicitado, y le había sido concedido, mediante una decisión judicial del STF, que su imagen no se transmitiera por la cadena de Televisión de la Cámara de los Diputados. Decisión ésta que no fue respetada por el órgano del Legislativo, pues se transmitió su imagen no sólo en la citada cadena de televisión, sino también en otras. Como el empresario tendría nuevamente que presentarse a la denominada Comisión, pidió con esperanza de que fuera cumplido, otro *decisum* que garantizara su derecho a la propia imagen. El STF reconoció otra vez al empresario su derecho, a través una medida cautelar, pero el presidente de la Cámara de los Diputados y el presidente de la Comisión plantearon una “reconsideración” al STF. Argumentaron que no trataba el caso de una colisión de derechos fundamentales, sino de una invasión de competencia constitucional, pues la Constitución de 1988 y el “Regimento Interno da Câmara dos Deputados” (RICD) garantizarían la publicidad de los actos de las CPIs, y que era una materia de interés de la sociedad. Alegaron también que la medida cautelar vulneraría el derecho a la información y constituiría una censura previa. El objeto de tal “reconsideración”, pues, era que la medida cautelar dada fuese suspendida por el Pleno del Tribunal.

Tras decidir una cuestión formal sobre la posibilidad real de plantear el tema ante el Pleno del STF, estimada de modo favorable por mayoría, los magistrados razonaron sobre la cuestión de fondo. El ponente del recurso, el *Ministro* Cesar Peluzo, defendió que era pertinente la medida cautelar, porque el empresario, al estar dispuesto a comparecer a la CPI, que por su reglamento interno permitía la publicidad de los actos, sólo quería que su imagen no fuese emitida en la televisión. El ponente observó que es frecuente la exhibición de imágenes, por la “mídia”, de personas supuestamente involucradas en hechos criminales, y que tal exposición causa anticipadamente un verdadero juicio público. Señaló que tales sospechosos podrían no ser culpados, presentando posteriormente la prueba de su inocencia. Según el ponente, la mera divulgación de las imágenes por la prensa, sugiriendo que se trataba de criminales, resultaba un hecho irreparable, que les imprimía una mácula de deshonestidad y de peligrosidad, que difícilmente se deshace, configurándose, por tanto, un daño moral de difícil reparación. Para el *relator*, la restricción de la exposición abusiva de la imagen

no sacrificaría el interés público, representado en el libre desarrollo de investigación de la CPI y en la publicidad de los actos, y en que el empresario, además, no deseaba impedir la investigación, pues acudió siempre que fue convocado. Resaltó que el RICD condiciona la transmisión o no por televisión de los trabajos de la CPI a la decisión del presidente de la Comisión, pero tal decisión no era esencial para la publicidad del acto, pues sostuvo que el particular, por ejemplo, no tiene el derecho subjetivo de grabar ni fotografiar la comparecencia de los testigos. Admitió que se permite la presencia de personas en los actos de las CPIs, pues “pode, sem degradação alguma da liberdade de informação e da imprensa, ser até vetada, quando dela possa advir escândalo, inconveniente grave, ou perturbação da ordem como prevê o artigo 792 do Código de Processo Penal, combinado com a *Lei das Comissões Parlamentares de Inquérito (Lei nº 1.579/52)*”. Por todas estas razones, entendió que debería concederse la medida cautelar al recurrente, porque si se transmitiera por televisión el acto de la CPI, se estaría vulnerando no sólo el derecho a la propia imagen, sino también el honor del empresario Law Kin Chong. Opina que la medida cautelar no altera los poderes de la CPI, y permite que la prensa tome sus notas, sin que haya divulgación de la imagen del recurrente, pues “a decisão não obsta a publicidade das sessões, mas apenas limita a *exposição perniciosa da imagem* de quem, não se sabe, se é testemunha ou indiciado, pois a CPI não define como o cidadão intimado deva comparecer perante ela. Isto é, o cidadão não sabe se comparecerá na condição debuxada de indiciado ou se testemunha. Pode ser apresentando, sem julgamento nem recurso, como um criminoso execrável, com ofensa irreparável à sua honra objetiva e sua imagem pública”. El ponente afirmó que el derecho a la publicidad no es un derecho absoluto y que su restricción no vulneraba el derecho a la información, ni sería sinónimo de censura previa. Concluyó su voto, alegando que se trataba de un caso clásico de colisión aparente de derechos.

Otros dos *Ministros* tuvieron una opinión convergente con la del *relator* del recurso. Por su parte, el *Ministro* Joaquim Barbosa coincidió con el razonamiento del *Ministro* Peluso y adujo que no apreciaba que hubiera un vínculo entre el ejercicio de la actividad del Legislativo y la divulgación por televisión de su trabajo y advirtió que “(...) Nesse caso, não teria a menor dúvida em, realizando uma ponderação de interesses supostamente em conflito, pender em favor da preservação do *direito à*

intimidade”. El *Ministro* Gilmar Mendes, para emitir su voto, recuerda el “caso Lebach” de la experiencia alemana y admite que podría aportar varios argumentos, pero que se limitaba a concordar con el voto del ponente del recurso.

No obstante, en sentido contrario, el *Ministro* Carlos Ayres Britto discrepó del planteamiento de los citados magistrados, alegando que no se podía por miedo al abuso, prohibir el uso, pues “o que receia o próprio impetrante, pedindo a nossa proteção para um direito subjetivo dele, líquido e certo, como deve ser próprio do mandado de segurança. Que a imagem dele venha a ser conspurcada pelo televisamento, ao vivo, do seu depoimento, seja em TV fechada, seja em TV aberta. Aí, entendo que a exposição televisiva da imagem de quem quer que seja não é, por si só, um atentado a essa imagem”. Es relevante indicar que tras esta opinión, el propio ponente del recurso, el *Ministro* Cesar Peluso, interviene y afirma que “teóricamente não é mesmo”. Completa el magistrado Carlos Ayres Britto su razonamiento, afirmando que “Nós estamos vivendo uma Idade-Mídia, por paráfrase com a Idade Média. Nessa Idade-Mídia é natural que tudo venha a lume, porque *é próprio da democracia que todos se tomem dessa curiosidade – santa curiosidade – pelas coisas do Poder, pelas coisas que dizem respeito à toda coletividade*. A democracia é um regime de informação por excelência e, por isso mesmo, prima pela excelência da informação, e é claro que a información televisada ganha essa tonalidad de excelência, de transparência. Então, no caso, eu entendo que *não houve prejuízo ao direito líquido e certo do impetrante de ver sua imagem subtraída do televisamento direto*”.

La *Ministra* Ellen Gracie informó, antes de opinar, que estaría “perjudicada” la decisión del *Supremo Tribunal Federal* porque la medida cautelar ya estaba siendo, en aquél exacto momento, incumplida por el Legislativo, alegando, por tanto, que no tendría utilidad dictar el fallo. Sin embargo, sostiene que es cierto que el particular tenía el derecho de no verse expuesto, pero que también lo es que ello no implica que se obstaculicen los trabajos de la Cámara de los Diputados. Argumenta que la Cámara Legislativa tiene el derecho de documentar y transmitir sus reuniones, cuando ello sea natural para el desarrollo de los trabajos. Piensa que cualquier restricción al acceso o a la divulgación por la cadena de televisión de la Cámara, sólo podría ser impuesta por el

RICD. Razona que la sesión es pública y que cualquier individuo puede acceder a tal acto. Apoya y concuerda con las palabras del *Ministro* Carlos Ayres de Britto sobre la apertura de la democracia y de la “Idade-Mídia”. Sostiene que habría de ser reprimido el comportamiento de cualquier congresista, que vulnerara al derecho del empresario, incluso por quienes lo votaron, pero que no ha de suponerse que tal comportamiento siempre será ofensivo. Hace una comparación con las CPIs de los Estados Unidos, informando que allí se abren las comparecencias a la televisión, y que el país entero sigue las sesiones, circunstancia que no ocurre en el Tribunal Supremo, donde impera el secreto.

En su intervención, el *Ministro* Marco Aurélio también considera que no tendría más eficacia la decisión que el STF dictara, dado el incumplimiento de la medida cautelar por parte de la CPI. Empero, para fundamentar su voto, invoca el principio de publicidad de los actos públicos y plantea que ante un conflicto entre lo colectivo y lo individual, prefiere homenajear lo colectivo: “Dir-se-á que, em jogo, presumindo o excepcional, o teratológico, o extravagante, e não o trato da matéria como deve ser, está a intangibilidade do perfil do convocado, e que, no rol das garantias constitucionais, tem-se a proteção à *intimidade*”. Dice que existe un conflicto sólo aparente, porque en el caso debería prevalecer el interés de la sociedad de seguir los trabajos del Parlamento, y razona que habrá un bloqueo de los trabajos de la CPI y de la libertad de prensa, si no se transmitiese la comparecencia del empresario. Admite, pues, que la Prensa estaría siendo obstaculizada en su trabajo de información con la medida cautelar. En ese momento, el *Ministro* ponente comenta que no ha prohibido a la Prensa de trabajar, sólo que no transmitiera la imagen del recurrente, pero el *Ministro* Marco Aurélio sigue con su planteamiento, diciendo que estaba en contra de la medida cautelar.

A su vez, el *Ministro* Carlos de Velloso recuerda que de acuerdo con el § 3° del artículo 58, de la Constitución de 1988, las CPIs tendrán los poderes de investigación propios de las autoridades judiciales, lo que autoriza que las Comisiones actúen como si fueran autoridades judiciales en la investigación, sin poderes para juzgar, sólo para investigar. Por ello, para esta labor, la CPI estaría regulada por las mismas reglas aplicables a los magistrados. En este sentido, invoca el artículo 93, inciso IX, de la CF,

el cual impone que todos los actos del Poder Judicial sean públicos, pero la ley, si el interés público lo exige, podrá limitar la presencia, en determinados actos, a las partes y a los abogados, concluyendo, pues, que todos los actos de la CPI también deberían ser públicos, si no hubiera una ley que restringiese la presencia de terceros. El *Ministro Peluso* interviene y advierte que existen leyes que establecen la excepción a la presencia en el caso concreto. El magistrado Carlos Velloso entiende que algunas de esas normas no están de acuerdo con la Constitución, porque ésta consagró el principio de publicidad de los actos públicos, y que las sesiones han de ser públicas. El ponente nuevamente interviene considerando que la sesión no dejaría de ser pública, tan sólo no se transmitiría la imagen del empresario. El *Ministro Velloso* sostiene que la regla es la publicidad, y que no veía razón para que fuera secreta o reservada la sesión, pues habría de ser privilegiada la información. Aduce que la Constitución prohíbe la censura y que los excesos han de ser resueltos por los tribunales *a posteriori*. El *Ministro Peluso* interviene, de nuevo, afirmando que no hay censura previa, pues únicamente no considera lícita la transmisión de la imagen del empresario por un órgano administrativo, que no tiene el poder de juzgar. El *Ministro Velloso* afirma que ya era hora de que el ciudadano recurrente aclarara a la sociedad que no era verdad lo que la Prensa había publicado sobre él, y que Law Kin Chong tenía a su disposición el Poder Judicial para defenderse de los ataques de los medios de comunicación.

El voto siguiente es del *Ministro Sepúlveda Pertence*, quien opinó que el caso se trataba de una sesión pública de un órgano de la Cámara de los Diputados, y por ello no veía ilícita la divulgación de imágenes por la televisión. Recordó una sentencia antigua del STF y las palabras de RUI BARBOSA para concluir que no habría que limitar el trabajo de la Prensa. Afirmó que no estimaba que hubiese una separación de la imagen y del honor en estas circunstancias, y advirtió que el texto del Código de Proceso Penal, invocado para sustentar la medida cautelar dada por el *relator*, podría ser aplicado en el caso concreto, pero que en su experiencia como magistrado, nunca había visto tal aplicación en demandas que versasen sobre patrimonio. Por ello, desestimó la pretensión del empresario. Al final de la intervención, el *Ministro Joaquim Barbosa* rectifica su voto, al pensar que estaría perjudicado el objeto del recurso en cuestión, pues la CPI ya había iniciado la sesión transmitiendo la imagen del recurrente.

Tras esta síntesis de las discusiones en el STF, me gustaría decir que a la hora de juzgar cualquier conflicto que exista entre bienes constitucionales, es imprescindible identificar los derechos entre los que podría haber colisión. En este caso, de un lado, está el derecho fundamental a la propia imagen del recurrente (art. 5º, incisos V y X) y, de otro, estaría la *publicidad* de los actos de los órganos públicos inserta en el artículo 5º, inciso XXXIII (“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”). El conflicto en cuestión tiene profunda similitud con la STC 14/2003, de 30 de enero¹⁶⁴². No obstante, desafortunadamente, no convergen las dos decisiones en el fallo. No se está, en absoluto, ante una colisión entre el derecho fundamental a la propia imagen y el derecho fundamental a la libertad de información, como se afirma, de forma reiterada, en la sentencia. Como razonó el TC español, de forma coherente, en la STC 14/2003, de 30 de enero, los titulares de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla son la colectividad, cada uno de sus ciudadanos, pero en ningún caso son titulares de estos derechos fundamentales las instituciones públicas o sus órganos. La información que las instituciones públicas recogen, conservan y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la *ley* y ha de ser, además, adecuada para las finalidades legítimas previstas por ella. Las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión, siendo aquella información luego utilizada por sus distintas autoridades y organismos en el desempeño de sus funciones. Por ello, como he defendido, es una manifiesta incoherencia pensar que las personas jurídico-públicas son titulares de derechos fundamentales indisociables de la persona humana, pues éstos tienen como objeto promover la *dignidad de la persona humana*, de la cual carece el Estado. En este contexto, mientras las *personas humanas* gozan de libertad para expresarse, las instituciones encuentran su *actuación vinculada* a los fines que les asigna el *ordenamiento jurídico*. Este planteamiento inicial, ya desfigura buena parte de la argumentación de los *Ministros* que han votado contra la medida cautelar, pues han basado sus convicciones en una supuesta “libertad

¹⁶⁴² Vid.: Capítulo IV, epígrafe 4.5.3

de información”, sin plantearse con la legitimación de las partes de la demanda. Con la debida *venia*, al contrario de lo que ha dicho el *Ministro* ponente o de lo aducido por la *Ministra* Ellen Gracie, de que en el caso se configuraba la existencia de un “*direito à publicidade*”, la Cámara Legislativa no posee el *derecho*, sino la *obligación constitucional* de documentar y transmitir sus reuniones, cuando sea ello natural para su trabajo. Por supuesto, el fin último de esta obligación constitucional de publicidad de los actos públicos es el de ofrecer *información* a los ciudadanos, pues, de este modo, será posible que éstos controlen la actuación de sus *representantes*. Por ello, el art. 5º, XXXIII, asegura como derecho de todos el acceso a informaciones producidas en el ámbito de los órganos públicos, con excepción de los casos que son indispensables a la seguridad de la sociedad y del Estado¹⁶⁴³.

Identificados, por tanto, los bienes constitucionales implicados, el derecho fundamental a la propia imagen y la *obligación constitucional* de publicidad de los actos estatales, resta saber si los dos cumplen los requisitos de legitimación constitucional para que se compruebe si existe, realmente, un “clásico” conflicto entre ellos. Sobre el derecho a la propia imagen, está claro que el empresario quería excluir la posibilidad de la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible su figura humana. Por ello, es legítimo el relieve constitucional de su derecho a la propia imagen. Sobre la *obligación* de dar publicidad al acto de la CPI, es cierto que la legislación de regencia, el RICD, condiciona la transmisión o no por televisión a la *discrecionalidad* del presidente de la aludida Comisión. Aunque tal criterio normativo sea demasiado subjetivo, parece estar, en principio también afectado por la dicción del texto constitucional.

En este contexto, como he defendido¹⁶⁴⁴, es imprescindible examinar el caso concreto desde la óptica del principio de proporcionalidad, labor que no ha sido expresamente invocada por los *Ministros* del STF. Se ha de constatar, *ab initio*, que el empresario estaba lógicamente vinculado a un asunto de interés público, el cual, tenía un contenido de relevancia *inmediata o directa* para el proceso de formación de la

¹⁶⁴³ BARROSO, Luís Roberto. “Colisão entre liberdade de expressão...cit., p. 91.

¹⁶⁴⁴ *Vid.*: Capítulo II, epígrafe 2.9.2.2

voluntad política, tanto que se estaba celebrando el acto en la sede del Poder Legislativo, con actuación ostensiva de los congresistas. Sin embargo, creo que es de una claridad meridiana que no es *idóneo* o *adecuado* el uso de la imagen del empresario como medio de favorecer decisivamente el resultado perseguido por la citada Comisión. El objetivo de la CPI era *investigar* los hechos relacionados con la “piratería” y los consiguientes delitos económico-tributarios implicados, y no formaba parte, pues, de la naturaleza de la investigación, exponer la *imagen* de las personas que se convocaban para tal fin. Se estaba, como ya he planteado en este trabajo¹⁶⁴⁵, en una fase puramente *investigadora* en la que prevalece el *principio inquisitorio*, es decir, sin la democrática amplia defensa. No se estaba delante de una *acusación judicial formal* y, por ello, lo mejor sería preservar la imagen del recurrente, pues, *a posteriori* puede que no fuera demandado en juicio o, incluso, considerado inocente por el Estado. No veo, por tanto, *in casu*, *utilidad* manifiesta para el objetivo de *investigación*, en la *exposición* de la imagen del señor Law Kin Chong. En esta línea, no se ha de estimar *necesaria* la transmisión por televisión, en directo, de la imagen del empresario, para la pretendida finalidad de investigar por parte de la mencionada Comisión, pues existían, indiscutiblemente, otras alternativas que garantizasen de modo igualmente satisfactorio el objeto de la investigación. No era, por supuesto, necesaria la utilización de la imagen, pues su uso no era indispensable para la *obligación constitucional de publicidad* de la CPI, o tampoco para su objetivo y/o objeto. Coincido, en este punto, con la opinión del *Ministro* ponente, quien defendió que el hecho de que fuera pública la audiencia del testigo, no implicaba la transmisión, por televisión, de los actos de la Comisión. El desarrollo de la actividad de la CPI y la publicidad de los actos no serían sacrificados, si no se transmitiera la imagen del convocado. En realidad, se podría, indudablemente, cumplir la *obligación constitucional de publicidad* sin que se expusiese la imagen del ciudadano por televisión en directo, pues se permitía la presencia de público en los actos de las CPIs y, además, posteriormente, los parlamentarios podrían publicar las actas de la investigación. Por ello, tampoco se ha de entender que era *proporcional* la transmisión de la imagen del empresario por la Televisión de la Cámara de los Diputados durante el acto público de carácter *investigador*, porque ello generaba, de modo patente, más perjuicios que beneficios al espíritu de la Constitución. A tenor de

¹⁶⁴⁵ Vid.: Capítulo II, epígrafe 2.9.2.5

estos planteamientos, la medida de restricción impuesta al derecho fundamental a la propia imagen por la obligación constitucional de publicidad de los actos de los órganos públicos resultaba, en definitiva, inútil para satisfacer el fin que la CPI perseguía; era innecesaria, por existir, a todas luces, otras alternativas más moderadas y susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia; y desproporcionada en sentido estricto, pues la medida restrictiva no aportaba un mayor beneficio general que el sacrificio que se hizo del derecho fundamental.

Aparte de este examen de proporcionalidad, en el cual he considerado que sería, en este caso, prevalente el derecho fundamental a la propia imagen, se aprecia en los razonamientos de los *Ministros* una dependencia manifiesta del derecho a la propia imagen del derecho al honor. En efecto, se constata esta circunstancia en esta afirmación del magistrado Carlos Ayres de Britto: “entendo que a exposição televisiva da imagem de quem quer que seja não é, por si só, um atentado a essa imagem” y el propio *relator* del recurso concordó, expresamente, “teoricamente não é mesmo”. Parece que no ha sido reconocido el derecho a la propia imagen *per se* en este caso, sino que tal derecho aparece vinculado a la ofensa al honor que el recurrente podría sufrir. No sólo en este momento no hacen los magistrados una distinción conceptual de estos dos bienes de la personalidad, pero también aparece en la fundamentación de algunos de los magistrados que se estaría discutiendo la *intimidad* del demandante. Creo, por tanto, que en esta sentencia no se han delimitado, de forma adecuada, ni los bienes constitucionales implicados, ni sus contornos técnico-conceptuales¹⁶⁴⁶.

¹⁶⁴⁶ Podría citarse en este espacio la sentencia del AIAGR 396861/RJ – Rio de Janeiro, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Fecha: 28/10/2003, Órgano Juzgador: Primera Turma, Publicación: DJ 14-11-2003, cuyo extracto dice que “1. Recurso extraordinário: descabimento: questão relativa à ação de responsabilidade civil por uso indevido de imagem: alegações suscitadas pela embargante já afastadas quando do julgamento do agravo regimental e que implicaria “reexame de fatos e provas”: incidência da Súmula 279. 2. Embargos de declaração manifestamente protelatórios: rejeição, com aplicação de multa de 1% sobre o valor corrigido da causa” pero que el STF no contribuyó en nada a la configuración conceptual del derecho a la propia imagen porque no examinó el mérito del recurso. El mismo razonamiento ha de ser aplicado al AIAGR 519118/RG – Rio Grande do Sul, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Fecha: 15/02/2005, Órgano Juzgador: Segunda Turma, Publicación: DJ 01-04-2005, que tiene como extracto: “Constitucional. Recurso extraordinário. Juízo monocrático do relator: CPC, art. 557. Ofensa à constituição. Súmula 279-STF. I. - Legitimidade constitucional da atribuição conferida ao relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e a dar provimento a esse ¾ RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98 ¾ desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado. II. - Ausência de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. III. - Decisão contrária aos interesses da parte não

HC 89429/RO, de 22/08/2006: caso de las “Algemas” (esposas)

En realidad, en esta sentencia no se pide la protección al derecho a la propia imagen del recurrente, sino su derecho a no ser esposado y a no ser, por vía de consecuencia, expuesto con tales aparatos represivos (*algemas*) frente a las cámaras de televisión. El demandante estaba encarcelado en la Superintendencia de la Justicia Federal en Brasíla, y tendría que presentarse al *Superior Tribunal de Justicia*, para ser oído por la *Ministra* Eliana Calmon, que presidía una investigación criminal en la cual el actor era acusado. Afirmó el recurrente que era Vice-Presidente del “Tribunal de Contas do Estado de Rondônia” y que en el primer momento en el que fue arrestado, fue humillado ante la Prensa nacional. Invocó algunas normas legales que fundamentan su derecho a no ser esposado, pues sería una medida completamente innecesaria por su “pasividad” en comparecer a todos los actos requeridos por el Poder Judicial. La *Ministra* Carmen Lúcia, *relatora* del recurso en el STF, traza un boceto histórico del procedimiento de prisión y del uso de las esposas. Resalta que “O que não se admite, no Estado Democrático, é que elas (las esposas) passem a ser símbolo do poder arbitrário de um sobre o outro ser humano, que elas sejam forma de humilhação pública, que elas se tornem instrumento de submissão juridicamente indevida de alguém sobre seu semelhante. Nem ao menos, então, seria uma pena, mas uma forma de punição sem lei que a fundamente e, o que é mais e pior, sem causa específica e sem reparação moral possível para os danos que a imagem do preso teria arcado”. Recuerda la *Ministra* que la Constitución prevé en el art. 5º, inciso III que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, y también que en el inciso X se establece la inviolabilidad del honor, de la imagen y de la intimidad de la persona humana. Sostiene que el uso de las esposas sería legítimo exclusivamente para “a) impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou

configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). IV. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. V. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. VI. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93, CF: improcedência, porque o que pretendem os recorrentes, no ponto, é impugnar a decisão que lhes é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. VII. - Incidência, no caso, da Súmula 279-STF. VIII. - Agravo não provido”.

justificado receio de que tanto venha a ocorrer; b) para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo”. Alega que tal medida ha de ser presidida por el principio de proporcionalidad y razonabilidad, y en el caso concreto no habría razón para tal acto, pues “A Justiça não se alimenta de imagens, não se realiza como forma, não se aperfeiçoa como força”. Los demás *Ministros* coincidieron con la ponente, pero es conveniente destacar la posición del *Ministro* Carlos Ayres de Britto que defendió que “em se tratando de audiência pública, durante a audiência, pode haver filmagem, inclusive da pessoa algemada, é lícita a filmagem. Mas a licitude da passa a depender da licitude do uso das algemas. O que não se pode é isolar uma pessoa num canto, num espaço, para que ela seja filmada, especificamente filmada sob algemas e ainda com o emblema da Polícia Federal bem à mostra, como se o algemado estivesse a propagandear a eficiência da instituição policial”. Además merece resaltarse la opinión del *Ministro* Sepúlveda Pertence, quien alegó que el preso no puede ser mostrado a la Prensa por la policía como si fuera un trofeo, y recordó la lectura del inciso XLIX, del art. 5º, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral¹⁶⁴⁷”.

Pese a coincidir con los fundamentos jurídicos que declararon innecesaria la utilización de las esposas en este caso, no se puede afirmar que esta sentencia haga una aportación innovadora al concepto constitucional del derecho a la propia imagen, es más, se ha de inferir que los magistrados han interpretado que al mostrarse la imagen del recurrente esposado, se ofendería directamente sólo su honor. Los *Ministros* únicamente indican las normas que dan apoyo a la decisión, pero no conceptúan ni delimitan los derechos en cuestión. El sentido de este *habeas corpus* es que la asociación de la puesta de las esposas con la proyección de la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura del demandante sería una afrenta innecesaria a su honor. Esta afirmación proviene de la confluencia de los argumentos de los

¹⁶⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo HC 89429/RO – Rondônia, *Habeas corpus*, Julgamento 22/08/2006, Primeira Turma, Publicação DJ Data-02-02-2007: “*Habeas corpus*. Penal. Uso de algemas no momento da prisão. Ausência de justificativa em face da conduta passiva do paciente. Constrangimento ilegal. Precedentes. 1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido”.

ministros que han dado su voto para conformar la sentencia, pues, en otras palabras, la imagen del recurrente esopado no es considerada en sí misma, sólo es tratada como un *instrumento* de ataque al honor.

5.6.3 Las sentencias posteriores a la Constitución que ubican el término imagen en otro contexto

Hay una serie de decisiones que se basan en los incisos X y/o V del artículo 5º, de la CF, para fundamentar la acumulación de la indemnización por daños patrimoniales y morales. Algunas de estas sentencias son el RE 192593¹⁶⁴⁸, el RE 222878 AgR¹⁶⁴⁹, el AI 244072 AgR¹⁶⁵⁰ y el RE 222795¹⁶⁵¹. La justificación para las reiteradas alusiones a los citados incisos es que el daño moral no estaba, antes de la Constitución de 1988, constitucionalmente reconocido. Por ello, tanto parte de la doctrina como también la

¹⁶⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 192593 / SP - São Paulo, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Juzgado: 11/05/1999, Órgano Juzgador: Primeira Turma, Publicación: DJ 13-08-1999 PP-00017, Ement Vol-01958-04, PP-00661: “Constitucional. Dano Moral. Indenização cumulada com o dano material. Artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal. A nova Carta da República conferiu ao dano moral status constitucional ao assegurar, nos dispositivos sob referência, a sua indenização quando decorrente de agravo à honra e à imagem ou de violação à intimidade e à vida privada. A indenização por dano moral é admitida de maneira acumulada com o dano material, uma vez que têm pressupostos próprios, passando pelo arbítrio judicial tanto na sua aferição quanto na sua quantificação. De outra parte, se o acórdão recorrido teve por comprovada a lesão de ordem moral, que envolve conceito inerente ao sentimento, entendendo reclamar ela indenização cumulável com a decorrente de dano material, esse aspecto não cabe ser analisado na instância extraordinária, tendo em vista que seria necessário adentrar-se no exame de parâmetros da razoabilidade, por via da aferição de fato, insuscetível de ser feita na via do recurso extraordinário. Recurso não conhecido”.

¹⁶⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 222878 AgR / DF - Distrito Federal, Ag.Reg.No Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Juzgado: 09/10/2001 Órgano Juzgador: Primeira Turma, Publicación: DJ-09-11-2001 PP-00052, Ement Vol-02051-03, PP-00625: “Recurso extraordinário. Indenização por danos materiais e morais. Cumulação. Possibilidade. Inteligência do art. 5º, V da Constituição, que preconiza apenas a existência de indenização por ofensa a moral das pessoas, não cuidando de suas eventuais causas. Precedentes do Tribunal. Agravo regimental desprovido.”

¹⁶⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 244072 AgR / SP - São Paulo, Ag.Reg. No Agravo De Instrumento, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Juzgado: 02/04/2002 Órgano Juzgador: Segunda Turma, Publicación: DJ -17-05-2002 PP-00070, Ement Vol-02069-03, PP-00568: “Recurso extraordinário inadmitido. 2. Dano moral. Pessoa jurídica. Protesto indevido de título cambial pelo Banco agravante. 3. Aspectos de fato amplamente analisados pelo acórdão local, inclusive no que concerne às circunstâncias em que se fez o protesto. Reexame de fatos e provas da causa. Inviabilidade. Súmula 279. 4. Agravo regimental desprovido”.

¹⁶⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 222795 / RJ - Rio de Janeiro, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Juzgado: 08/04/2002, Órgano Juzgador: Segunda Turma, Publicación: DJ -24-05-02 PP-00069, Ement Vol-02070-03, PP-00627: “Recurso extraordinário. Indenização. Embargos infringentes. Cumulação de dano moral com dano material. 2. Acórdão em embargos infringentes que negou indenização por dano moral, entendendo que, na espécie, não ocorreu ofensa à dignidade, à imagem e à reputação social da pessoa. Violação ao art. 5º, X, da Carta Magna. 3. Recurso conhecido e provido, para restabelecer o acórdão da 1ª Turma do TRF-2ª Região, na Apelação Cível n.º 94.02.09207-2- RJ. Precedentes da Corte no RE n.º 179.147-1-SP e RE n.º 192.593-1- SP”.

mayoría de los tribunales encontraban dificultad en averiguar la existencia de este tipo de daño y su consiguiente acumulación al daño patrimonial. Por ello fue innovadora la regulación de la Constitución Federal de Brasil, pues “Finalmente, cortou qualquer dúvida que pudesse remanescer a respeito da reparabilidade do dano moral, estatuindo em seu art. 5º, no item V, que «é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem»; e, no item X, que «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 violação¹⁶⁵²»”. En efecto, el motivo de tantas referencias a estos incisos es la discusión sobre la constitucionalización del daño moral, pero el derecho a la propia imagen no fue el asunto principal de las sentencias, lo que no me permite profundizar demasiado en los supuestos de hecho de las sentencias.

Sin embargo, existen otras sentencias que tampoco se refieren al derecho a la propia imagen *per se*, sino que en realidad, mencionan el término *imagen* en un contexto diverso de su concepto técnico-jurídico. Por este motivo, no citaré todas las que se encuentran en la base de datos del Supremo Tribunal Federal, pero creo que es oportuno traer algunas a colación para ver que a veces es inadecuado el uso que se hace del término imagen en la doctrina del STF.

La primera sentencia que merece que se le haga referencia es el caso del “Suboficial Militar”, decidida en el MS 21468, de 13/08/1992, el cual se basa que el *Tribunal de Contas da União*, órgano de la administración federal, una especie de tribunal administrativo, de carácter no judicial, que juzga, analiza y examina todas las cuentas y gastos efectuados por el Gobierno Federal o que tengan la “Unión” como patrocinadora, había considerado irregular la prestación de cuentas, del periodo de enero de 1979 a agosto de 1985, de un suboficial militar responsable de la gestión de la “ajuda de custo e diárias” de la décima región militar. Se juzgó, pues, que el citado suboficial se había apropiado indebidamente de dinero público. Una de la alegaciones de la defensa del suboficial era que el proceso administrativo había transcurrido en secreto, lo que configuraría un “cerceamento de defesa”. Empero, en la sentencia se alega que “O

¹⁶⁵² CAHALI, *op. cit.*, p. 52.

regime de segredo imposto ao procedimento administrativo, longe de prejudicar a defesa, exercida em toda sua plenitude, foi adotado para resguardo da *imagem* do próprio impetrante¹⁶⁵³.

El caso de las “Carteiras de Habilitação” se resuelve en un *habeas corpus*, el HC 70668, de 16/11/1993, solicitado por un jefe de policía que junto a otro funcionario público (policía militar) había expedido supuestamente cuatrocientos cincuenta y dos permisos de conducir falsos. El recurrente había sido condenado en dos instancias inferiores y pedía la nulidad del proceso desde su origen por vicios formales y materiales. El STF tiene en cuenta que “A existência de 452 motoristas com C.N.Hs. ideologicamente falsas é conseqüência do crime e deve ser levada em conta na aplicação da pena-base, seja com relação ao que isto significa para o trânsito, seja com relação a *imagem* dos órgãos públicos¹⁶⁵⁴”.

¹⁶⁵³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 21468 / CE – Ceará, Mandado de Segurança, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Juzgado: 13/08/1992, Órgano Juzgador: Tribunal Pleno, Publicación: DJ 25-09-1992, PP-16183, Ement Vol-01677-01, PP-00145, RTJ VOL-00143-03, PP-00867: “Mandado de Segurança. Sub-oficial responsável pela carteira de ajuda de custo e diárias, da 10. Região militar, julgado em alcance pelo tribunal de contas da união. decisão apodada de nula, sob alegação de haver sido pronunciada com afronta a coisa julgada e com cerceamento de defesa. contas que, ademais, além de alcançadas pela prescrição, teriam sido levantadas por agentes incompetentes. Vícios inexistentes. A sentença condenatória da justiça militar, por haver considerado tão-somente uma parte da gestão do impetrante, não constituía óbice a tomada de contas, que objetivou todo o período em que esteve ele a frente da referida carteira de ajuda de custo e diárias. De sua vez, a sentença cível, que teve por suporte a referida sentença criminal, não poderia projetar os seus efeitos para além do objeto da ação consignatória em que foi proferida, qual seja, a exoneração do impetrante da obrigação de ressarcir a união pelo dano tido por comprovado na instância penal, em razão do qual foi condenado. As dívidas ativas ordinárias, da união, não estão sujeitas a prestação quinquenal, própria das tributárias. O alegado cerceamento de defesa não resultou comprovado nos autos, não podendo ser objeto de apreciação. O regime de segredo imposto ao procedimento administrativo, longe de prejudicar a defesa, exercida em toda sua plenitude, foi adotado para resguardo da *imagem* do próprio impetrante. Por fim, a tomada de contas, enquanto a cargo de oficiais do exército, configurou ato próprio da administração, no exercício do controle interno das contas de seus próprios agentes. Segurança indeferida”.

¹⁶⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 70668 / SP - São Paulo, *Habeas corpus*, Relator(a): Min. Paulo Brossard Juzgado: 16/11/1993 Órgano Juzgador: Segunda Turma, Publicación: DJ 29-04-1994, PP-09716, Ement Vol-01742-02, PP-00315: “*Habeas Corpus*. Falsidade ideologica, arts. 299, par. único, 29 e 71 do CP.: expedição de carteiras nacionais de habilitação. Pena-base acima do mínimo legal, art. 59 do C.P.: Fundamentação. A circunstância agravante de aumento da pena prevista no par. único do art. 299 pertence a segunda fase do critério trifásico de aplicação da pena, previsto no “caput” do art. 68, e não pode ser considerada na primeira fase, art. 59 do C.P., sob pena de dupla incidência da mesma circunstância. A quantidade de documentos ideologicamente falsos extrapola os limites de aumento da pena pela pratica de crime continuado para penetrar na seara da intensidade do dolo, que deve ser considerada na aplicação da pena-base. A existência de 452 motoristas com C.N.Hs. ideologicamente falsas é conseqüência do crime e deve ser levada em conta na aplicação da pena-base, seja com relação ao que isto significa para o trânsito, seja com relação a *imagem* dos órgãos públicos. A fundamentação da pena-base aplicada acima do mínimo legal deve atender aos requisitos legais, mas não tem forma sacramental. Uma ou outra consideração feita pelo Juiz para enfatizar o agravamento da pena-base, não

El caso de los “Irmãos”, trata de otro *habeas corpus*, el HC 72212, de 22/08/1995, en el que se condenó al recurrente, un policía militar, en dos instancias, por el delito de “extorsão mediante seqüestro”, y además el policía envolvió su hermano menor de edad en el delito. Pedía el recurrente que se anulara la condena, por circunstancias formales y materiales. El *decisum* del Alto Tribunal de Brasil argumenta que “(...) Havendo a sentença condenatória e o acórdão, que a confirmou, demonstrado a participação mais destacada do paciente, na pratica do delito de extorsão mediante seqüestro, assim como a intensidade do dolo, com que agiu, não titubeando sequer em envolver um irmão menor de idade; e salientando, ainda, que o paciente, soldado da Policia Militar, mostrou-se despreocupado com o fato de causar dano a *imagem* da corporação; e de se concluir que observou o disposto nos artigos 29, 59 e 159, PAR.1., do C. Penal, não incidindo em falta de fundamentação nem em tratamento discriminatório coibido pela Constituição e pelo Código Penal¹⁶⁵⁵”.

En el HC 82405, de 18/03/2003, el caso de la “Concorrência desleal”, se discutió un vicio formal en una “queixa” por un delito de “concorrência desleal”. El representante de la empresa afectada había buscado en el órgano de registro público competente, la Junta Comercial, la relación de los socios de la corporación actora del ilícito, para que ofreciera la “queixa-crime” contra todos, sin haberse dado cuenta de la existencia de una alteración contractual, que se había producido en fecha anterior al

implica em nulidade, nem em redução da pena, porque não se confunde com a fundamentação. O rito especial e sumario do "habeas-corpus" não se compadece com eventual injustiça na dosagem da pena, desde que devidamente fundamentada e dentro dos limites previstos na lei. "Habeas-corpus" conhecido, mas indeferido.”

¹⁶⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 72212 / RJ - Rio de Janeiro, *Habeas corpus*, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Juzgado: 22/08/1995, Órgano Juzgador: Primeira Turma, Publicación: DJ 22-09-1995, PP-30591, Ement Vol-01801-02, PP-00284: “Direito constitucional, penal e processual penal. Pena. Dosimetria. Fixação diferenciada para os diversos réus. Fundamentação. Artigos 29 e 59 do C. Penal. Crime hediondo: extorsão mediante seqüestro (art.159, par.1., do C. Penal). Regime fechado (art. 2., par.1., da Lei n. 8.072/90).1. Havendo a sentença condenatória e o acórdão, que a confirmou, demonstrado a participação mais destacada do paciente, na pratica do delito de extorsão mediante seqüestro, assim como a intensidade do dolo, com que agiu, não titubeando sequer em envolver um irmão menor de idade; e salientando, ainda, que o paciente, soldado da Policia Militar, mostrou-se despreocupado com o fato de causar dano a *imagem* da corporação; e de se concluir que observou o disposto nos artigos 29, 59 e 159, par.1., do C. Penal, não incidindo em falta de fundamentação nem em tratamento discriminatório coibido pela Constituição e pelo Código Penal. 2. E constitucional, segundo a orientação majoritária do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o par. 1. do art. 2. da Lei n. 8.072/90, que impõe o cumprimento da pena, integralmente em regime fechado, quando se trate de crime hediondo, como e o caso da extorsão mediante seqüestro. "H.C." indeferido”.

delito, por la cual se incluyó a otra socia que, igualmente, debería ser responsable criminalmente. El STF decidió que “Evidenciado que a querelada remeteu à clientela de empresa congênere comunicados que visavam denegrir a sua *imagem* e retirar-lhe os efetivos e os potenciais clientes, tem-se, em tese, o crime de concorrência desleal, devendo ser refutado o argumento de falta de justa causa para a *persecutio criminis*”¹⁶⁵⁶.

Se utilizó la palabra imagen, nuevamente, en el HC 84778, de 07/12/2004, en el caso de la “Conveniência da instrução criminal”, el cual se refiere a un *habeas corpus* interpuesto por un individuo que había estado en prisión preventiva, como sospechoso de haber cometido tres delitos de “concessão, em concurso material”. Al condenar en la primera instancia “à pena de 15 anos de reclusão, multa e perda da função pública”, el juez sostuvo que el individuo no apelaría en libertad al Tribunal competente, pues entendió que permanecían presentes los requisitos y los fundamentos de la decisión que había decretado la prisión preventiva, los cuales se basaban en la conveniencia de la instrucción criminal y en la garantía del orden público. El STF matiza que la instrucción criminal ya había terminado y que no sería congruente invocar la garantía del orden público por la “gravidade do crime imputado quanto o prestígio e a credibilidade do Judiciário.” Por ello, decidió que es “Firme a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que, de regra, não há falar em conveniência da instrução criminal se esta já se encerrou (HC 81.148, 1ª T., 25.9.01, Pertence)- nem invocar a garantia da ordem

¹⁶⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 82405 / SP - São Paulo, *Habeas corpus*, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Juzgado: 18/03/2003, Órgano Juzgador: Segunda Turma, Publicación: DJ -02-05-2003 PP-00048, Ement Vol-02108-03, PP-00454: “*Habeas corpus*. Crime de concorrência desleal. Renúncia tácita ao direito de queixa. Análise de fatos e provas: impossibilidade. Falta de justa causa: hipótese não evidenciada de plano. Alegação de inépcia da queixa: improcedência. 1. Delito de concorrência desleal previsto no artigo 195, II e III, da *Lei* 9279/96. Hipótese em que o querelante pesquisou, na Junta Comercial, a relação de sócios da empresa querelada a fim de oferecer queixa-crime contra eles, sem atentar para a existência de alteração contratual protocolizada em data anterior ao fato delituoso, pela qual foi admitida outra sócia que, do mesmo modo, deveria ser responsabilizada criminalmente. 2. Impossibilidade de se examinar, em *habeas-corpus*, o argumento de que tal omissão configura renúncia tácita ao direito de queixa, extensível aos demais querelados em razão do princípio da indivisibilidade da ação penal privada, uma vez que o artigo 57 do Código de Processo Penal prevê que "a renúncia tácita e o perdão tácito admitirão todos os meios de prova". 3. Evidenciado que a querelada remeteu à clientela de empresa congênere comunicados que visavam denegrir a sua *imagem* e retirar-lhe os efetivos e os potenciais clientes, tem-se, em tese, o crime de concorrência desleal, devendo ser refutado o argumento de falta de justa causa para a *persecutio criminis*. 4. A queixa-crime não é inepta, dado que expõe os fatos, qualifica os acusados e classifica o delito, preenchendo todos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Ordem denegada”.

pública, para não se comprometer a «*imagem* de instituições, em especial o Poder Judiciário»¹⁶⁵⁷».

Se ha observar, en primer lugar, que tanto en el caso del “Suboficial militar” como en el de la “Concorrência Desleal”, se habla de la preservación de la *imagem* de la persona que estaba siendo demandada. Los demás casos, el de las “Carteiras de Habilitação”, el de los “Irmãos” y el de la “Conveniência da instrução criminal”¹⁶⁵⁸ son sentencias que se refieren a la ofensa de la *imagem* de los órganos públicos. En este sentido, *data venia*, es indudable estimar que el término imagen no fue técnicamente

¹⁶⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84778 / MS - Mato Grosso do Sul, *Habeas corpus*, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Juzgado: 07/12/2004, Órgano Juzgador: Primeira Turma, Publicación: DJ04-03-05: “*Habeas corpus*: não o prejudica que impugne decreto primitivo de prisão cautelar, se decorre a prisão do paciente da remissão, contida na sentença condenatória, aos fundamentos do decreto da prisão processual anterior. 2. Prisão preventiva: fundamentação inidônea. Firme a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que, de regra, não há falar em conveniência da instrução criminal se esta já se encerrou (HC 81.148, 1ª T., 25.9.01, Pertence)- nem invocar a garantia da ordem pública, para não se comprometer a “*imagem* de instituições, em especial o Poder Judiciário”: precedentes”.

¹⁶⁵⁸ En el mismo sentido de usar la palabra imagen como credibilidad o prestigio de una institución pública está la sentencia de la Rcl-QO 2040/DF - Distrito Federal, Questão De Ordem Na Reclamação, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Juzgado: 21/02/2002, Órgano Juzgador: Tribunal Pleno, Publicación DJ 27-06-2003, PP-00031, EMENT VOL-02116-01, PP-00129: Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim *direito à honra e à imagem de policiais federais acusados* de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e *direito à imagem da própria instituição*, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante. Observação Votação e Resultado: por maioria de votos, conheceu do pedido formulado como reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Marco Aurélio. No Mérito, o Tribunal julgou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferiu a realização do exame de “DNA”, considerada a placenta da extraditanda, indeferindo o acesso ao prontuário médico, vencido na primeira parte, quanto ao exame de “DNA”, o Ministro Marco Aurélio”.

bien utilizado, ya que en estos supuestos el uso del término *imagen* tiene un sentido vulgar, como han defendido PEREIRA DE SOUZA y ARNALDO SIQUEIRA DE LIMA¹⁶⁵⁹. Empero, *data venia*, no sería coherente coincidir con la postura del STF, ni con la opinión de los mencionados autores, cuando usan la palabra *imagen*, que posee una gran polisemia, como sinónimo de reputación, buena fama, buen nombre de la persona, o el prestigio y la credibilidad de las instituciones. No se está refiriendo el Alto Tribunal, como él mismo afirma, al derecho a la propia imagen, sino que lo ubica en el campo dedicado al derecho al honor de las personas o a la credibilidad de las instituciones. Sobre las sentencias dictadas en el caso del “Suboficial militar” y en el de la “Concorrência desleal” puede afirmarse que ordenan que ha de ser preservada la reputación, el buen nombre y la buena fama de la persona (física o jurídica¹⁶⁶⁰). En el caso de las “Carteiras de Habilitação”, como también en el caso de los “Irmãos” y en el caso de la “Conveniência da instrução criminal”, lo que se pretende es que el prestigio o la credibilidad de los órganos públicos no sea afectado. Es indudable que el término *imagen* empleado por el STF en estas cinco sentencias quiere referirse al honor, a la *imagen vulgar* en un sentido impropio y no jurídicamente técnico.

En esta línea, parece que el mismo equívoco se reitera en el caso “Honra Eleitoral”, el INQ 496¹⁶⁶¹, de 23/09/1993, el tuvo su origen en una denuncia interpuesta contra un ex diputado que había injuriado y difamado el honor de su adversario, de forma continuada y con nítido propósito electoral, en un periódico y en reportajes televisivos, durante las elecciones de 1990. Se solicitaba la prescripción de la demanda y el STF decidió que “Na linha da reiterada jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*, os crimes eleitorais são considerados comuns para efeito de enquadramento na regra de competência do art. 102, I, b, da Constituição Federal. Fluidos mais de dois anos da consumação dos fatos, sem a ocorrência de causa interruptiva ou impeditiva, reconhece-se a prescrição da pretensão punitiva estatal quanto aos crimes de injúria (art. 326 do Código Eleitoral c/c art. 109, VI, do Código Penal), capitulação que, por

¹⁶⁵⁹ *Vid.*: Capítulo V, epígrafe 5.4

¹⁶⁶⁰ Ya se ha visto que en Brasil las personas jurídicas también son titulares del derecho al honor, *vid.*: Capítulo I, epígrafe 1.6.2.3.

¹⁶⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inquérito N° 496, DF - Distrito Federal, 23/09/1993, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicado DJ 12-11-1993, PP-24022, Ement. VOL-01725-01, PP-00013.

extensão conceitual admitida pela jurisprudência, abrange as imputações de fatos genéricos, vagos e indeterminados. Recebe-se a denuncia, todavia, quanto aos crimes de difamação (art. 325 do Código Eleitoral), por haver, em tese, individualizado fatos que o acusado teria imputado à vítima, com narrado intuito de denegrir-lhe a *imagem*, sendo descabido pretender, desde logo, o reconhecimento da existência de simples e legítima liberdade de crítica política, quando se tenha atribuído ao candidato adversário condutas que tangenciem a esfera do ilícito”. Quiero hacer notar la clara mención de la palabra *imagen* sustituyendo la *honra objetiva* (honor). La prueba más contundente de que la sentencia se refiere al vocablo *imagen*, cuando quiere en realidad hablar de honor, es que el artículo 325, del *Código Eleitoral* de Brasil tipifica las conductas ofensivas a la *reputación*. Esta decisión, de forma explícita, considera la reputación como partícipe del concepto de honor, el cual, en este caso, una vez más se hace equivaler a la concepción de *imagen vulgar*, en su sentido no técnico-jurídico.

Este también es el criterio de la sentencia dada en el MS 24405¹⁶⁶², de 23.04.2004, el caso “Anonimato”. El autor de este recurso, funcionario público, había sido denunciado por una persona al “Tribunal de Contas da União”. Se centra la demanda en la discusión de la constitucionalidad de una norma *interna corporis*, que facultaba al Tribunal, en las denuncias formalizadas en procesos administrativos, a omitir el nombre del denunciante. La demanda es contra el citado Tribunal, que había negado la petición de la identificación del denunciante. El magistrado *relator* del recurso, tras citar el inciso V y el inciso X del artículo 5º, de la Constitución Federal, argumentó que: “É que não há negar ter ocorrido, pelo menos, desgaste na *imagem* do impetrante, *imagem* que a Constituição protege, conforme já foi dito (C.F., art. 5, V e X) (...) Por ser anônima, relativamente ao denunciado, não poderia este adotar contra aquele que causou gravame à sua *imagem*, as providências que a Constituição autoriza.” Al final de la explicación, el STF declara inconstitucional la norma que suprimía el

¹⁶⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança: 24.405-4 Distrito Federal, relator: Min. Carlos Velloso, D.J. 23.04.2004, Ementário nº 021483: “Constitucional. Administrativo. Servidor contas da união. Denúncia. Anonimato. Lei 8.112/90, art. 144. C.F., ART. 5º, IV, V, X, 1. — A Lei 8.443, de 1992, estabelece que qualquer cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. A apuração será em caráter sigiloso, até decisão definitiva sobre a matéria. Decidindo, o Tribunal manterá ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia (S 10 do art. 55). Estabeleceu o TCU, então, no seu Regimento Interno, que, quanto à autoria da denúncia, será mantido o sigilo: inconstitucionalidade diante do disposto no art. 5º, incisos V, X, XXXIII e XXXV, da Constituição Federal. II. — Mandado de Segurança deferido”.

nombre del denunciante en los procesos administrativos por considerar peligrosa la práctica del “denuncismo” y apreciar que se había vulnerado el derecho a defensa de la persona. La palabra “imagen”, también en este caso, puede cambiarse por buena fama, buena reputación o buen nombre, figuras que pertenecen al concepto del derecho al honor. Hay que constatar, por tanto, que el *Supremo Tribunal Federal*, reiterada y equivocadamente, también utiliza en sus sentencias el concepto de *la imagen vulgar*, forma no recomendable técnicamente, pues ésta se concibe como sinónimo de reputación, buena fama o buen nombre de las personas. En otras palabras: podría cambiarse la palabra imagen en estas sentencias por honor (honra objetiva). Si una persona es falsamente denunciada por un crimen, es su honor el que será afectado, porque su reputación será oscurecida, su buen nombre será vulnerado y puede que entre en el ámbito de las personas de “mala fama”. Esta es la idea que se ha de poner de manifiesto, que esta jurisprudencia constitucional, equipara la palabra “imagem” a la reputación, a la buena fama o al buen nombre; es decir, se mezcla, de manera inadecuada, el término *imagen* con las concepciones del derecho al honor.

Al tenor de la exposición de las sentencias, se aprecia que el STF nunca se ha pronunciado de forma expresa sobre la delimitación de la dualidad conceptual del derecho a la propia imagen, propuesta por la doctrina dominante brasileña. En algunas sentencias, se considera el concepto constitucional del derecho a la propia imagen como la facultad de aprovechar o de excluir la posibilidad de la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana. Se ha demostrado también que el STF insiste en usar la concepción *vulgar* de imagen en algunos de sus pronunciamientos, igualándolo al concepto de honor (honra objetiva). En efecto, quizás la falta de precisión técnica resulte de que nunca ha habido una demanda que cuestionara esta distinción, tal vez porque el derecho a la propia imagen es un derecho relativamente reciente y/o aun poco usado en su concepción constitucional.

CONCLUSIONES

Del estudio que se ha acabado de hacer, he extraído algunas conclusiones:

1. El principio de la dignidad de la persona humana es la base del ordenamiento jurídico del Estado democrático contemporáneo. El reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de los valores que van unidos a la misma es un requisito imprescindible para la *legitimidad* democrática de la Constitución. Los derechos de la personalidad conquistaron la relevancia que ahora han alcanzado, después de la Segunda Guerra Mundial, justamente con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el principio básico de la misma, la dignidad de la persona humana. Está fuera de dudas que el crecimiento y la importancia de los derechos de la personalidad están vinculados a la inserción del principio de dignidad de la persona humana en las Constituciones. La dignidad de la persona humana significa ubicar al individuo en el centro del ordenamiento jurídico y, por su parte, los derechos de la personalidad representan los principales instrumentos de expresión de la individualidad de la persona humana. Reside aquí, pues, el fundamento que sostiene la relación directa entre la dignidad de la persona humana y los derechos de personalidad. Así, el principio-valor de la dignidad de la persona humana tutela el derecho a la propia imagen, pues la protección constitucional de este derecho se inserta en las protecciones jurídicas mínimas que la persona ha de tener para que pueda desarrollar libremente su personalidad.

2. Una de las dimensiones del principio de Igualdad y No Discriminación es que el Estado debe respetar y tener en cuenta las características personales, individuales y particulares de la persona. Por ello, de dicho principio emana el *derecho a la diferencia*. Es incuestionable que el Estado Social y Democrático de Derecho, que articula su ordenamiento jurídico bajo las premisas del principio de Igualdad y No Discriminación, debe ofrecer a las personas que están dentro de su territorio los medios a través de los cuales esté cada una de ellas en condiciones de desarrollar libremente su personalidad y los derechos que representan sus aspectos individuales: los derechos de la personalidad.

El Estado debe prever, respetar y proteger los derechos de la personalidad de cada persona, asegurando, en este sentido concreto, la individualidad, es decir, que se materialice el derecho a la *diferencia* entre los individuos. El derecho a la propia imagen se basa en éste, pues representa una evocación personal, una individualidad y una particularidad, una circunstancia inherente a la irrepitibilidad del ser humano. Por lo tanto, con fundamento en el principio de Igualdad y No Discriminación, se puede afirmar que el Estado ha de respetar y proteger la propia imagen de cada persona, garantizando, de este modo, la *diferencia* entre los individuos. Además, este respeto y esta tutela deben ser aplicados de modo igualitario, sin que haya discriminación, *i. e.*, que la referida protección debe ser ofrecida a toda persona que la necesite.

3. Los derechos fundamentales se relacionan directamente con la garantía de la no injerencia del Estado en la esfera individual (conquistada por la primera generación de derechos fundamentales) y desarrollan la aplicación del principio de la dignidad de la persona humana. Expresan de forma concreta cómo debe actuar el Estado, y establecen el mínimo de las condiciones de vida humanas y del desarrollo de la personalidad. Los derechos de la personalidad sí son derechos fundamentales, pero su directa oponibilidad frente a los poderes públicos no implica el desconocimiento de su eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares. Los derechos de la personalidad están expresamente descritos en los textos constitucionales democráticos y adquieren rango de fundamentales a través de su genérico encaje en el principio de la dignidad de la persona humana. En su mayoría, están insertos en la parte dogmática de las Constituciones, en el título dedicado a los derechos humanos y fundamentales, y tienen un contenido objetivo, que sería el formar parte del ordenamiento jurídico del Estado; y, de modo concomitante, tienen un contenido subjetivo, pues son la facultad y garantía que el ordenamiento jurídico otorga al individuo para que pueda ejercer la tutela de los bienes de la personalidad. El derecho a la propia imagen es considerado un derecho fundamental, pues como tal expresa la individualidad de los seres humanos y está inserto entre las condiciones mínimas materiales de existencia digna de la persona. Así, se deduce que existe una intrínseca conexión entre el derecho a la propia imagen y los derechos fundamentales.

4. Se ha de entender la personalidad como fuente y presupuesto de todos los derechos subjetivos, pues es el fundamento de todos los derechos y deberes que de la persona emanan. Los derechos de la personalidad son los derechos sin los cuales la personalidad se quedaría completamente irrealizada, privada de todo el valor concreto, derechos sin los cuales todos los demás derechos subjetivos perderían el interés o la efectividad para el individuo. Se caracterizan los *derechos de la personalidad* como los derechos subjetivos, fundados en la dignidad de la persona humana, que tutelan la manifestación de los *bienes de la personalidad*, es decir, los atributos, los caracteres intrínsecos e inherentes de la persona, que tienen la finalidad de posibilitar el goce de las facultades que se exigen para su completo, libre y digno desarrollo. Son derechos esenciales para el desarrollo de todos los demás derechos. Una democracia digna no puede afirmarse sin el reconocimiento de los derechos de la personalidad, pues si los ciudadanos no estuvieran protegidos por los derechos de la personalidad frente al uso que se puede hacer de la información que existe sobre ellos, su libertad para tomar decisiones en la sociedad civil se vería extraordinariamente limitada y su autonomía gravemente comprometida. En consecuencia, también estarían afectadas sus decisiones en sus relaciones políticas. Si se vulneran los derechos de la personalidad, la formación de la voluntad general, que debe poder constituirse libremente a partir del ejercicio del derecho de sufragio por millones de voluntades anónimas y autónomas constitutivas del cuerpo electoral, resultaría imposible o estaría muy condicionada. Quien no es capaz de decidir sobre sus asuntos o no está dispuesto a ello, y quien no responde de sus propias acciones, difícilmente podrá sopesar adecuada y responsablemente los asuntos de trascendencia general, pues sólo en personas que piensan, juzgan y actúan por sí mismas descansa el potencial de nuevas ideas, concepciones e iniciativas irrenunciables para la sociedad, sin las cuales ésta se empobrecería con el tiempo y quedaría anquilosada cultural, económica y políticamente. De los nuevos planteamientos depende la sociedad de forma creciente, en un tiempo de cambios fundamentales.

4.1 Los derechos de la personalidad son representaciones de la dignidad de la persona humana. Son innatos (originarios), vitalicios, necesarios, extra-patrimoniales, intransmisibles, irrenunciables, inalienables, indisponibles, absolutos y oponibles *erga omnes*. Atribuir un valor pecuniario a los bienes de la personalidad iría en contra toda la

lógica del sistema jurídico democrático, basado en la dignidad de la persona humana. Si se cuantifican en números monetarios los bienes de la personalidad, se estaría, en cierta forma, distinguiendo en *valores pecuniarios* cada ser humano y, por ello, anulando la *igual dignidad* que todos poseen. Cuando se trata del derecho a la propia imagen, por ejemplo, se está en plano del *ius fruendi*, no en del *ius disponendi*, idea que sirve de canon para los demás bienes de la personalidad, que pueden estar en la esfera de fruición de su titular. En realidad, el derecho de personalidad en sí no es disponible en sentido estricto, es decir, no es transmisible, ni renunciable, pues la *titularidad* del derecho no es objeto de transmisión. En efecto, la imagen no se separa de su titular, del mismo modo que no se separan de su titular los demás bienes de la personalidad (intimidad, honor, vida, etc). La imagen continuará estando inherentemente ligada al sujeto, siendo imposible, jurídica y físicamente, la renuncia o la transmisión de su *titularidad* a otra persona. No obstante, las expresiones concretadas, las manifestaciones efímeras, estáticas, del uso de este bien de la personalidad sí pueden ser negociadas económicamente, de forma limitada, con especificaciones en cuanto a la duración, a la finalidad y a otras condiciones más. La voluntariedad debe presidir los negocios sobre esto tipo de bienes, de modo que si el titular decide que va a realizar un negocio jurídico sobre alguna manifestación de un bien de su personalidad, lo hará ejerciendo su autonomía privada.

4.2 Los menores de edad poseen personalidad propia desde su nacimiento; es conveniente que el menor maduro se pronuncie sobre el uso de sus derechos de la personalidad y quede relegada la autorización paterna tan sólo a aquellos casos en los que no se aprecie en el menor un grado de discernimiento que le permita decidir por sí mismo. En éstos el ordenamiento jurídico confiere a sus responsables legales, dado el legítimo interés en defender al menor, el poder-deber de proteger su personalidad. Los responsables legales tienen el deber de respetar la personalidad de los menores y promover su desarrollo, teniendo en cuenta y respetando, además, la existencia o no de la madurez del menor, que será un parámetro para decidir si actúan sobre las cuestiones relacionadas con sus derechos de la personalidad. Con la muerte de la persona, se extinguen sus derechos de personalidad. Queda, empero, el halo de su memoria, el cual forma parte del conjunto de intereses a conservar por sus sucesores. Por ello, el

ordenamiento jurídico crea un bien jurídico autónomo, distinto de los derechos de la personalidad del muerto, y confía su protección jurídica, vía legitimación procesal, a algunos titulares, esto es, el ejercicio de acción procesal se atribuye a los indicados en la legislación para la tutela del *halo de la memoria* del fallecido.

4.3 La tendencia actual es el reconocimiento de que las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos de los derechos de la personalidad. La referencia al individuo, a la persona física, inmersa en la idea de dignidad humana no puede hacer perder de vista la dimensión social y colectiva presente en el mismo precepto. La dignidad humana no ha de entenderse únicamente como atribuible al individuo aislado, en soledad, pues éste, por su naturaleza, vive en sociedad. En efecto, no sería adecuado entender o suponer que los conceptos jurídicos son estáticos o inflexibles, pues ello iría en contra de la *dinámica* social, a la cual el Derecho ha de adaptarse. Por supuesto, la dignidad de la persona humana, como un valor del ordenamiento jurídico, no podría ignorar las posibilidades que los individuos pueden usar, y dentro de ellas está la de agruparse para buscar objetivos legítimos, los cuales no podrían llevarse a cabo si los individuos estuvieran aislados. Por estas razones, es inevitable convenir que las personas jurídicas sí pueden ser titulares de derechos de la personalidad, siempre y cuando resulten necesarios y complementarios para la obtención de sus fines, para proteger su existencia, su identidad y asegurar el libre desarrollo de su actividad. Todo ello, respetada, no obstante, la naturaleza específica del derecho del cual se reclama la titularidad.

4.4 La opción más acorde con la evolución social, filosófica y jurídica de los derechos de la personalidad es la adopción del régimen de *numerus apertus*, teniendo una cláusula general de la personalidad (la dignidad de la persona humana) como punto de partida. De esta forma, se estaría ofreciendo por el Derecho una protección *dual* a los bienes de la personalidad: por la vía del derecho subjetivo y por la vía de los principios generales del Derecho. En conclusión, se ha de reconocer la existencia de un derecho-matriz en el cual se basarían todos los derechos singulares de la personalidad relativamente autónomos y, no obstante, al lado de esta cláusula general, debe existir, por supuesto, una protección específica de los particulares bienes de la persona, pues, no

son más que proyecciones de la personalidad, que se han destacado a medida que se impusieron ante las necesidades y se afirmaron como objeto de derechos distintos. Esta tesis permite la individualización de la protección de la personalidad y su reconocimiento en la sociedad, adoptándose un carácter enunciativo y no cerrado de las situaciones previstas. Los nuevos tipos no previstos en la legislación estarían tutelados por la vía de la cláusula general, posibilitándose una futura tipificación e individualización de las situaciones merecedoras de la protección estatal. Considero más adecuada la postura doctrinal que divide los derechos de la personalidad en dos grupos: los que tienen por objeto la protección de la esfera física o corporal y los que tutelan la esfera moral (psíquica y espiritual). Se atendería con esta división la inmanencia (física) y la trascendencia (espiritual) que circundan el universo de la persona humana. De todos modos, hay que tener en cuenta que las divergentes clasificaciones y divisiones de los derechos de la personalidad pueden ser aparentemente repetitivas, pues, de modo necesario, no deben ser cerradas.

5. El derecho a la propia imagen es uno de los derechos de la personalidad, pues contiene todas las características inherentes a éstos, es decir, es un derecho personalísimo, innato (originario), absoluto, extrapatrimonial (abstracto), intransmisible, irrenunciable, inalienable, indisponible (abstracto), vitalicio, necesario y oponible *erga omnes*. La necesidad de protección contra la arbitraria difusión de la imagen deriva de una exigencia de la individualidad personal, según la cual la persona debe ser quien decida consentir o no la representación de su propia imagen. El sentido de la propia individualidad crea dos perspectivas en la configuración jurídica de tal derecho: de un lado, una de exigencia de circunspección, de reserva, de exclusión, y, de otro, establece la autonomía jurídica individual y la autodeterminación del individuo para proyectarse socialmente. La primera asegura la exclusión de los demás de este ámbito individual, garantizando la inviolabilidad personal. La segunda perspectiva permite la exteriorización de la libertad del individuo de proyectarse en las relaciones sociales; el derecho a la propia imagen emerge, de este modo, como una expresión concretada de la autonomía personal. Se configura así una realidad jurídica en la que la imagen se afirma como un bien jurídico eminentemente personal en el plano teleológico y en el material-axiológico, con estructura de libertad fundamental, que reserva a la persona una

posición de dominio sobre una característica personal, convergentes ambos planos con la teoría de la dignidad de la persona humana y protegidos por la tutela constitucional de los derechos fundamentales.

5.1 Lo que el ordenamiento jurídico del Estado protege es la representación, la manifestación y no la imagen humana en sí. El Derecho no podría impedir que terceros conozcan nuestra imagen, pues el ser humano, dado su carácter social, tiene necesariamente que relacionarse con los demás de su especie. Lo que el derecho a la propia imagen se propone proteger es la *representación gráfica del aspecto físico de una persona humana*. La imagen debe ser visible y reconocible, es decir, que el sujeto deba verse y pueda ser reconocido, pues sin esta peculiaridad, no se podría configurar el concepto jurídico-constitucional de imagen humana. En esta línea, el derecho a la propia imagen tutela la imagen de la persona singular, reconocible e individual, pues la reproducción de una imagen no identificable o no reconocible es lícita. La utilización de una imagen de una persona tampoco se torna ilícita si, siendo la imagen anónima, el sujeto pueda ser reconocido, pero no individualizado. La imagen *individualiza*, pues mediante ella, se considera a la persona en sí misma, se determina a alguien concreto, único, diferente y diferenciable de todos los demás seres humanos, que expresa su necesaria individualidad en el entorno social. La imagen también ha de tener como resultado la posibilidad de reconocer a la persona, pues aparte de la exigencia individual de la individuación, la imagen interviene como un elemento aún más especificador, y permite saber a quién corresponde la representación gráfica de la figura humana en forma visible. Las personas jurídicas o morales, dada su *artificialidad* no tienen existencia corporal, son “*fungibles*”, carecen de figura, de fisonomía, de esta parte que integra la dignidad humana. El concepto del derecho a la propia imagen no tiene que incluir cualquier mediación metafórico-ficticia, para poder ser jurídicamente autónomo. No se puede, por ejemplo, insertar en este concepto jurídico de imagen la consideración que de una persona se tiene en el círculo social, económico y político al que pertenece. La imagen que tiene en cuenta tal derecho no es la “imagen social”, la reputación, la fama, que son objeto de protección por el derecho al honor. La expresión que define esta protección jurídica ha de ser “derecho a la propia imagen”, pues las otras

denominaciones convierten el ámbito de aplicación de tal derecho en demasiado amplio y lo extenderían a otras formas externas diferentes de referencia a la personalidad.

5.2 El derecho a la propia imagen adquirió paulatinamente una gran relevancia hasta el punto de que llegó a debatirse la naturaleza de cada representación singular de la imagen humana, porque el mercado informativo encontró en la imagen un excelente medio de transmisión de ideas y oportunidades. Este uso de la imagen de las personas con ese fin ha dado un carácter mercantil la transmisión de la información publicitaria. Analizando el concepto inicial del derecho a la propia imagen, se concluye que tal derecho tiene dos aspectos: uno positivo (facultad de aprovechamiento de una imagen concreta) y uno negativo (facultad de exclusión, derecho abstracto). El contenido negativo del derecho a la propia imagen es la facultad de excluir la posibilidad de captación, reproducción, publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento. El contenido positivo es la posibilidad de sacar provecho de la figura de la imagen, es el derecho a que se venda la imagen concreta, que sea usada con su exclusivo consentimiento, en beneficio propio. La corriente *monista* sería la más adecuada para conformar el derecho a la propia imagen en Portugal, en España y en Brasil, dada la histórica influencia personalista que han tenido tales naciones en sus sistemas constitucionales. El concepto del derecho a la propia imagen se identifica con la facultad de aprovechar (positiva) o de excluir (negativa) la posibilidad de la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y tornan reconocible la figura de la persona humana. El contenido de la imagen no se agota en las líneas de la *facies*, pues los rasgos que proporciona la observación demuestran la posibilidad de que la persona puede ser reconocida por formas y detalles de las otras partes del cuerpo. No obstante, aunque tanto la voz como el nombre, para que no quedaran sin una tutela jurídica efectiva, suelen ser incluidos en un concepto abierto del derecho a la propia imagen, no pueden ser considerados estrictamente como imágenes. Para ser entendido como un derecho autónomo y específico, conviene rechazar el concepto abierto del derecho a la propia imagen, que incluye figuras extrañas a su contenido jurídico.

5.4 La constitucionalización del derecho a la propia imagen ratificó su autonomía. Se ha de considerar el honor como un aspecto de la dignidad humana, que reconoce a la persona por el mero hecho de serlo, y además como un valor social cuya protección hace posible la vida en relación, pues la persona evalúa internamente su modo de ser y de comportarse en la sociedad. Ha de producirse, por tanto, una combinación de lo que el individuo estima lesivo para sí y lo que, a la vista de los valores o patrones morales socialmente extendidos, ha de reputarse como tal. La protección dada a la imagen no se dedica a proteger a la persona de la difamación, que consiste en *rebajar* y *aislar*, en desmerecer al interesado ante los ojos de sus coasociados y en marginarle de ellos publicando mentiras o desvelando su intimidad. El objeto del derecho a la propia imagen no es impedir que se rebaje, que se insulte, que se desacredite, que se exponga a la persona al riesgo del odio, del ridículo o del desprecio de las gentes. Tampoco se presta el derecho a la propia imagen a prohibir que se aisle a la persona, que se genere una probable aversión de los conciudadanos, aunque no haya descrédito en sentido estricto. Estos últimos ejemplos de ataques son protegidos por el derecho al honor, pues configuran un atentado contra la buena fama que, naturalmente, puede perjudicar la reputación de una persona y, además, ofenderla y humillarla dañando profundamente su auto-estima o causándole daños emocionales más o menos graves. La vulneración del derecho a la propia imagen no ha de estar anudada a una proyección negativa que pueda repercutir en la consciencia social del conjunto de los valores sociales y personales de cada individuo. Es más adecuado que se razone que el término español intimidad es más restrictivo y posiblemente más intenso que el inglés *privacy*, y que el anglicismo privacidad, ante la adopción masiva por los países ibéricos y por Brasil, debe ser entendido, cuando se use, para referirse a la vida privada. Es incuestionable que tanto el derecho a la propia imagen como el derecho a la intimidad tienen por objetivo la protección de la *inviolabilidad personal*, 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 consiguiente, no forma parte de mi intimidad la imagen de mi rostro, aunque sí la imagen de mi desnudo. Si se encuentra o se saluda a otra persona, en circunstancias normales, se verá su imagen, pero no se sabrá absolutamente *nada* de su intimidad, en cuanto que ella no se proponga a comunicarla. La extensión exacta de esta

reserva de la *intimidad* depende, en primer lugar, de la propia voluntad de la persona, que puede divulgar en mayor o menor grado los aspectos particulares de su personalidad. Estos matices resaltan la dimensión fundamentalmente interna del derecho a la intimidad, como ámbito de natural 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 de la figura humana*. Además, sobre la confusión entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la identidad personal, hay que concluir que la identificación a través de la imagen puede configurarse como un objetivo de tal derecho, y no una circunstancia principal. La identificación, objeto principal de la identidad personal, puede ser realizada por otros medios, como el psicológico, el sociológico; de modo que no es obligatoria y únicamente alcanzada por el uso de la imagen (física). En efecto, el objeto del derecho a la identidad personal se desarrolla dentro de un contexto de una actuación *positiva*, de identificarse, que proviene de la conjugación de la *historia* y de la *verdad personales*, como exigencia de la “identidad individual” y de la “identidad relacional”. El derecho a la identidad personal utiliza como “instrumentos” el derecho al nombre, el derecho a la *palavra* (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, lo “utiliza” el derecho a la intimidad o el derecho al honor. No obstante, esta característica de “derecho-medio” no puede impedir la autonomía del derecho a la propia imagen, pues el derecho de la persona a exigir que su personalidad no sea representada de manera no fiel, tergiversada, desnaturalizada o alterada por medio de la imputación de conductas, atributos o cualidades que no tienen relación con ella o por la omisión de las características que son determinantes en su configuración; el derecho a no ver alterado el propio perfil, psicosomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional, no puede confundirse con la facultad de aprovechar o de excluir la posibilidad de representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana, pues son bienes jurídicos distintos, con conformación y objeto divergentes.

5.5 El consentimiento dado por el sujeto retratado no constituye un límite al derecho a la propia imagen, pues tal autorización se integra dentro del contenido *positivo* del ejercicio de este derecho. Lo que se configura con tal permiso es una discrecionalidad individual del retratado de autolimitarse en algunas de las facultades comprendidas dentro del derecho a la propia imagen. Por ello, prefiero clasificar el consentimiento como una *limitación voluntaria*, y no como un límite constitucional inmanente propiamente dicho. No se ha de entender que al otorgar su consentimiento, el titular del derecho a la propia imagen renuncie o pierda la protección civil o constitucional o, asimismo, que desaparezca la ilicitud de cualquier intromisión. Se ha de entender que con el consentimiento, el titular del derecho voluntariamente se auto-limita a no ejercer una facultad que le otorga la protección jurídica, pues permite que otra persona utilice su imagen. El principal mensaje que se ha de extraer de la posibilidad de consentir la representación gráfica de la imagen humana es que la característica de derecho de la personalidad, que proviene de la dignidad de la persona humana, es la que autoriza a defender que el consentimiento concreta el radio de acción del uso de la imagen, y debe ser *siempre* interpretado *restrictivamente*, por estar relacionado con la *individualidad*, con la *dignidad* de la persona humana. Además, aunque este límite voluntario esté justificado directamente por la dignidad de la persona humana, las relaciones sociales modelan e imponen ciertos requisitos para que la revocación del consentimiento pueda tener legitimidad jurídica.

5.6 La principal distinción entre la libertad de expresión y la libertad de información, resumida de forma muy breve, es que mientras los hechos (información) son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor (expresión), por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de su exactitud. No será lícita la crítica que se realiza a través de la libertad de expresión que no sea de interés público, ya que, en este caso, no podrá ser considerada una forma legítima al servicio de la formación de una opinión pública libre, que justifique el sacrificio del derecho a la propia imagen. No formarán parte del ámbito jurídicamente protegido de la libertad de expresión las expresiones insultantes o injuriosas, ni del contenido así delimitado de la libertad de información las noticias falsas o que carezcan de interés público. La libertad de información ha de cumplir dos obligaciones ético-jurídicas para su conformación y

legitimación constitucional; la veracidad y la relevancia pública. La información ha de basarse sobre hechos, no sobre simples rumores. Existe un deber de diligencia del informador sobre las afirmaciones que realiza. Ese deber de diligencia sobre los hechos de los que va a informar requiere un previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio a la veracidad o falsedad de lo comunicado. Ha de prevalecer el *concepto normativo* de interés público, que sería el de un asunto que afecta al autogobierno democrático, más estrechamente relacionado con la dimensión institucional que se atribuye a la libertad de información, en cuanto garante de la opinión pública libre. Prefiero clasificar los criterios para mensurar si el hecho merece la condición de noticiable (carácter público de la información) en tres niveles: 1) *ratione materiae*, 2) *ratione personae* y 3) *ratione loci*. Uno de los criterios sobresale entre los otros dos, el criterio *ratione materiae*, pues la trascendencia social de los hechos en sí mismos considerados puede calificarlos como noticiables o susceptibles de difusión, como capaces de contribuir a la formación de la opinión pública libre. En el caso concreto, es más indicado el uso del principio de proporcionalidad para debatir sobre los límites de la utilización de la imagen humana frente al interés público de la información, sea la imagen una noticia *per se* o un mero telón de fondo, además de partir de la imposición constitucional de respeto al contenido esencial del derecho fundamental a la propia imagen. Los “personajes públicos” son, a todos los efectos, una persona como otra cualquiera, que podrá hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a las opiniones, críticas o informaciones lesivas que vulneren la licitud. Por ello, nada más razonable que únicamente se estime constitucionalmente legítima la información veraz sobre la persona notoria relacionada con las circunstancias que la convirtieron en públicamente relevante: la notoriedad. En otras palabras, será legítimo, en principio, que se ilustre una información públicamente relevante con la representación gráfica de las evocaciones o expresiones personales del aspecto físico externo de una persona notoria, cuando el hecho en el cual se basa la noticia veraz verse sobre la profesión o circunstancia que le confirió notoriedad. En todos los casos, lo determinante es la circunstancia que otorgó publicidad o notoriedad al sujeto, siendo así que la finalidad de la publicación de la imagen de tal persona ha de ser congruente con la satisfacción de las exigencias de la información públicamente relevante. No es lógico

conferir legitimidad a cualquier representación de la imagen de una persona (pública, notoria o privada) sólo porque se encuentra en un lugar público. Aunque el individuo se encuentre en lugares públicos, deberá usarse su imagen sólo cuando despierte un interés real y necesario para la sociedad. La protección constitucional otorgada por el Estado no indica, en absoluto, que el ser humano desarrolle su personalidad exclusivamente en el interior de su domicilio, al revés, por ello se habla de *libre* desarrollo de la personalidad, porque la persona ha de tener un mínimo de libertad espacial para que sea materializada su *dignidad*. La democracia y la dignidad de la persona humana imponen que el Estado Constitucional garantice al individuo un *dinamismo* vital para que viva su libertad personal y desarrolle libremente su personalidad esté donde esté, pues el hecho de que las personas están obligadas a vivir en sociedad no implica renunciar *in totum* a su libertad de movimiento. Para vivir en una democracia representativa efectiva, es necesario que los ciudadanos se relacionen y participen en los asuntos públicos. Para tal tarea dialéctica, el ser humano, forzosamente, ha de actuar y relacionarse con sus semejantes en lugares públicos, a la vista de todos. El individuo no sólo ha de estar en lugares públicos para dialogar con sus conciudadanos, sino también para vigilar y valorar lo que sus representantes están realizando e impulsando para el bien de la sociedad. La inviolabilidad personal y, por consiguiente, el derecho a la propia imagen, también habrán de estar protegidos en los lugares abiertos al público, en los cuales el individuo, de modo imprescindible, ha de transitar por exigencias democráticas. En otras palabras, la protección constitucional del derecho a la propia imagen también habrá de surtir sus efectos en los lugares en los que el individuo se mueve, por ser tal garantía una exigencia de la dinámica de la *democracia*.

6. Aunque se pueda interpretar que la Constitución de la República Portuguesa de 1976 protege materialmente el derecho a la propia imagen, la tutela *formal expresa* del mencionado derecho sobrevino posteriormente, en la nueva redacción dada al artículo 33, en la primera revisión de la Constitución portuguesa, la cual se realizó entre abril de 1981 y agosto de 1982. No se aleja el concepto lusitano del derecho constitucional a la propia imagen del concepto que he formulado en el Capítulo II: la facultad de aprovechar (positiva) o de excluir (negativa) la posibilidad de la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto

físico externo que singularizan y tornan reconocible la figura de la persona humana. Ante la opinión doctrinal y la definición operacional dada por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Portugal, es forzoso concluir que la potencialidad patrimonial del derecho a la propia imagen sí está dentro del concepto constitucional ofrecido por el *iter constituyente* de 1976.

7. Sin embargo, en España el concepto constitucional del derecho a la propia imagen se restringe a la facultad negativa (de exclusión). De otro lado, la facultad positiva (de aprovechamiento) del derecho a la propia imagen puede ser considerada la vertiente patrimonial de la imagen, pero está reservada al ámbito infraconstitucional. La gran innovación constitucional que se ha introducido en la Constitución Española sobre los negocios relativos a la propia imagen es que estos negocios pueden ser siempre revocables por el ciudadano. Se ha de tener en cuenta que esta revocabilidad lleva la obligación implícita de resarcir los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

8. En Brasil, la Constitución de 1988 incluye el derecho a la propia imagen en tres incisos distintos. Aplicando los métodos y las técnicas propuestas en el presente trabajo, fue inexorable concluir que 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 las tres normas constitucionales aluden a un único concepto constitucional del derecho a la propia imagen: la facultad de aprovechar (positiva) o de excluir (negativa) la posibilidad de la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y hacen reconocible la figura de la persona humana.

8.1 Sin embargo, la doctrina mayoritaria brasileña, no obstante esta confluencia del criterio histórico, sistemático y teleológico, señala que la concepción de la palabra imagen tratada en el inciso V (direito de resposta) no puede ser la misma del inciso X (inviolabilidade pessoal). La opinión que ha cambiado el modo de entender el concepto del derecho a la propia imagen en tierras brasileñas es la planteada por LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, que divide el citado derecho en dos conceptos: el derecho a la propia *imagem-retrato*, que coincide con la protección de las exteriorizaciones de la personalidad humana; y el derecho a la propia *imagem-atributo*, que consiste en la tutela del concepto de *imagem social* del individuo, procedente del desarrollo de sus relaciones sociales. Empero, al examinar las argumentaciones de la expresiva mayoría doctrinal, que se ha formado después de la teoría de la imagen-atributo de ARAÚJO, se comprueba que gran parte de los autores, algunos de manera rotundamente explícita, y otros por una vía oblicuamente refleja, acercan o confunden el concepto de esta imagen bien con la *concepción fáctica de honor*, o bien con el moderno concepto del *derecho a la identidad personal*. La debilidad de la doctrina de la imagen-atributo empezaría en este punto, al no delimitar jurídicamente de modo convincente el objeto de tal pretendido derecho, ni aclarar sus objetivos, entrelazando así, de forma manifiesta, lo que sería ofensivo a tal supuesta figura jurídica con las vulneraciones al honor y a la identidad personal. Se constata que muchos de sus defensores consideran que los conceptos “*reputación*” y “*fama*” están protegidos por el aludido derecho a la propia imagen-atributo, figuras que, no obstante, están de modo inherente dentro del bien jurídico del honor. Es ineludible concluir que ha prevalecido en estos planteamientos el concepto *vulgar* de imagen, una concepción que no es técnicamente jurídica. La doctrina mayoritaria de Brasil no puede pretender, tampoco, incluir en el concepto de la imagen-atributo el derecho a la *verdad personal*, a la

historia personal, a la *identidad genética*, es decir, el *derecho a ser uno mismo* unido al derecho a no ver *distorsionado* el perfil social la personalidad de la persona, pues estos bienes jurídicos son objeto del actual derecho a la identidad personal. El llamado derecho a la imagen-atributo, por tanto, no puede ser considerado un derecho autónomo, pues carece de objeto jurídico, no tiene reglas propias, no se determina por sí mismo, *porque se subsume* o en el concepto del derecho al honor o en el concepto de la identidad personal. Dadas las incongruencias técnico-jurídicas, es imperioso admitir que las bases doctrinales que sustentan la supuesta configuración conceptual constitucional del derecho a la *imagen-atributo* no poseen una consistencia teórico-jurídica contundente y fiable, debido a que esta “híbrida concepción” comparte inmanentes raíces con la teoría del derecho al honor y converge con los fundamentos del moderno derecho a la identidad personal.

9. Se ha de interpretar como constitucional el artículo 21 del Código Civil Brasileño entendiendo que las hipótesis expuestas de vulneración de la imagen son sólo ejemplos de algunas de las posibilidades de daño a la propia imagen. No se las puede considerar tajantes, exhaustivas, cerradas o clausuradas, pues el mencionado Código otorgó preponderancia a un modelo más operacional que conceptual. Las sentencias del *Supremo Tribunal Federal* no han discutido la supuesta distinción conceptual constitucional del derecho a la propia imagen, entre imagen-retrato e imagen-atributo, pero todavía mezclan los conceptos de imagen, honor e intimidad. Nunca ha habido un recurso que cuestionara esta distinción, tal vez porque el derecho a la propia imagen es un derecho relativamente reciente y/o aun poco cuestionado. De lo expuesto, concluyo que el Derecho brasileño, sea en el ámbito legal o en el jurisprudencial, no tiene aún clarificado el concepto de qué sea el derecho constitucional a la propia imagen. No hay una ley específica, ni una jurisprudencia constitucional que otorguen madurez jurídica al tema. No obstante la importancia del derecho a la propia imagen, hace falta una política legislativa eficaz, que se ocupe de sentar las bases teórico-prácticas de este “nuevo” derecho. Creo que es un campo todavía poco debatido y que tendrá su desarrollo técnico-jurídico con las interpretaciones de la doctrina brasileña.

BIBLIOGRAFÍA

ABREU, Luis Vasconcelos. “A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil: recentes desenvolvimentos jurisprudenciais, uma breve comparação luso-alemã” em *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II (2002), p. 457-475.

_____. “Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular: o caso do *big brother*” em *Revista do Ministério Público*, Ano 26, Jan-Mar 2005, nº 101, p.113-118.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1994.

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem: a posição do novo código civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002), o direito à imagem e a atuação da mídia, o dano à imagem e sua reparação, principais defesas opostas, jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2003.

AGRA VIFORCOS, Beatriz. “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo” en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, Nº 275, 2006, p. 3-54.

ALAEZ CORRAL, Benito. “Defensa de la Constitución, Libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (A propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999)” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº 3, 1999, pags. 2567-2594.

ALCARAZ, Hubert. “El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información: Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être

jamais, peut être demain!” in *ARAUCARIA - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 9, Nº 18, Segundo Semestre de 2007, p.06-28.

ALCÓN YUSTAS, María Fuencisla. “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores” en *Jornadas sobre derecho de los menores* (coord. por Isabel E. Lázaro González, Ignacio V. Mayoral Narros), 2003, pgs. 385-394.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1996.

_____. *El derecho a la propia imagen*. Editorial Tecnos: Madrid, 1997.

ALEJANDRE GARCÍA, Juan A. *Temas de Historia del Derecho: Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación I*. Sevilla, 1978.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2001.

_____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* (trad. Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios, Madrid, 2004.

ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. *Do nome da mulher casada: direito de família e direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. “Direito autoral e direito de arena” In: *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, v.1, n.4, p.79-96, out./dez., 2000.

_____. “Direito de arena, direito de autor e direito à imagem” in: *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.3-24.

- ALMEIDA, Teodoro Bastos de. “O Direito à privacidade e a protecção de dados genéticos: uma perspectiva de direito comparado” in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.79, p.355-436, 2003.
- ALMEIDA, Luís Nunes. “El Tribunal Constitucional y el Contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones” en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n. 60-61, Abril-septiembre, 1998, p.859-889.
- ALONSO ALAMO, M. Mercedes. “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADPCP)*, 1983, Tomo XXXVI, fasc/mes 1, p. 127-152.
- ALONSO MARTÍNEZ, Carlos. “El consentimiento del interesado en la protección de datos” en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho: 2000-2001* (coord. por Miguel Angel Davara Rodríguez), 2001, p. 17-27.
- ALVAREZ ROMERO, C. *La propiedad intelectual: régimen jurídico; registro de la propiedad intelectual*. Madrid: 1967.
- AMARAL, Francisco. “A parte geral do novo Código Civil Brasileiro: influência do Código Civil Português” em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2006, p. 43-55.
- AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do; ROSSI, Paulo Roberto Visani. “O uso indevido da imagem” in *Informativo Jurídico Consulex*, v. 21, n. 24, p. 15, 18 jun., 2007.
- AMARAL, Maria Lúcia Abrantes. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

____. *O problema da função política dos grupos de interesse: do pluralismo ao neo-corporativismo*. Lisboa: 1985.

____. *A forma da república: uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*. Coimbra Editora, 2005.

____. “Sociedade civil e Constituição ou do uso jurídico da noção de Sociedade Civil”
In: Themis, T. 5, 2002, p. 5 e ss.

____. “Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função política e legislativa”, *In: Cadernos de Justiça Administrativa*, Vol. 40, Jul-Ago de 2003, p. 39 e ss.

____. “O princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, en *Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coord. Javier Pérez Royo, vol. 1, 2006, p. 645-664.

AMAT I LLARI, Eulalia. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. La Ley: Madrid, 1992.

____. “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial” en *Revista jurídica de Catalunya*, 2003, vol. 102, nº 2, p. 459-475.

____. “Derecho a la propia imagen. Excepciones. Uso científico o educativo de la imagen; accesoriedad de la misma” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 30, 1992, p. 925-934.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *El derecho a la propia identidad: la acción en favor de los derechos humanos de gays y lesbianas*. Madrid: EDAI, 1999.

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

_____. “Sobre a reforma do Código Penal Português Dos Crimes Contra as Pessoas, em geral, e das Gravações e Fotografias Ilícitas, em particular” em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3, Abril - Dezembro de 1993, Aequitas, Editorial Notícias: Lisboa, p. 427-497.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Coimbra, 1987.

ARA PINILLA, Ignacio. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. “Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de Igualdad” em *El principio de Igualdad* (ed. Luis García San Miguel), Dykinson, Madrid, 2000, p. 201-223.

ARAGÓN REYES, Manuel. “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información” in *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú* (coordenado por Raúl Morodo e Pedro De Vega), Tomo III, 2002, p. 1505-1527.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carmargo. *Crimes contra a honra*. São Paulo: Saraiva, 1995.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. “O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional” in *Revista do Advogado- Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos*, Ano XXIII, nº 73, p. 119-126, Nov. 2003.

- ____. “A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1998” em *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, (coord) José de Faria Costa e Marco Antônio Marques da Silva, Editora Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2006, p. 515-531.
- ARAÚJO, Nadia de. “Princípio da dignidade da pessoa humana e direito à imagem” in: *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, nº 1, jan-mar/2006, p. 267-278.
- ARRIBAS, Bruno Felipe da Silva Martin de. “Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade” in: *Revista de informação legislativa*, v.41, n.164, p.347-366, out./dez. 2004.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. “Videovigilancia y derechos fundamentales: análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1997” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64, 2002, p. 133-176.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. I, Introdução as Pessoas, Os bens. Coimbra Editora: Coimbra, 1997.
- ____. “Direitos de Não-Atletas Participantes de Espetáculo Desportivo Público” in: *Tabulae*, v.16, n.13, p.23-52, dez., 1984.
- ____. “Direito ao Espetáculo” in: *Boletim do Ministerio da Justiça*, Lisboa, nº 366, p 41-55, maio 1987.
- ____. “Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena” in: *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, nº 167, p.37-42, 1992.
- ____. “Princípios constitucionais do direito de autor” in: *Revista brasileira de direito constitucional*, n.5, p.429-442, 2005.

- ATHENIENSE, A. “As transações eletrônicas e o direito de privacidade” *in: Fórum administrativo*, v.2, n.19, p.1170-1177, set. 2002.
- AUGER LIÑAN, Clemente. “El principio de la tutela judicial efectiva en las relaciones privadas” en *Constitución y relaciones privadas*, (dir. Xavier O’Callaghan Muñoz), Cuadernos de Derecho Judicial, XI, 2003, p.55-78.
- AZURMENDI ADÁRRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Madrid: Editorial Civitas S/A., 1997.
- BACIGALUPO, Mariano. “La aplicación de la doctrina de los «Límites Inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, Núm. 38, Mayo-Agosto 1993, p. 297-315.
- BALAGUER CALLEJÓN, Maria Luisa. *El derecho fundamental al honor*. Madrid: Tecnos, 1992.
- BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. *Os Povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. Instituto Socioambiental: São Paulo, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “A identidade genética do ser humano: bioconstituição; bioética e direito” *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.8, n.32, jul./set., 2000, p.88-92.
- BARBAS, Stela Marcos De Almeida Neves. *Direito ao património genético*. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. “Direito à identidade genética” *In: Forum Iustitiae - Direito & Sociedade*, 1999, vol. I, t. 6 (1999), p. 39 e ss.

- BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Ed. USP, 1990.
- BARBOZA, Heloisa Helena. “Direito à identidade genética” in: *Juris Poiesis: revista do curso de direito da Universidade Estácio de Sá*, v.7, n.1, p.123-132, 2004.
- BARNETT, Stephen R. “The right to One’s Own Image”, *The American Journal of comparative law*, Vol. 47, n. 4, Fall 1999.
- _____. “El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia con el Derecho español”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 237, julio-septiembre, 2000, p. 1229-1230.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier. “El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar” en *Cuadernos de derecho público*, Nº 5, 1998, pags. 15-50.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 5ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. “Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa” in: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Ano 4, vol. 16, outubro a dezembro de 2003, p. 59-102.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas* (trad. Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira). São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BEJAR, H. *El ámbito íntimo*. Alianza Editorial, Madrid, 1990.

- BELAÍDEZ ROJO, M. *Los principios jurídicos*. Tecnos, Madrid, 1994.
- BELLINI JUNIOR, João. “Reflexos tributários na cessão do direito de imagem e uso do nome profissional” *in: Interesse Público*, v.5, n.22, p.107-124, nov./dez., 2003.
- BELLO JANEIRO, Domingo. “La protección de datos de carácter personal en el derecho comunitario” *in: Estudos de Direito da Comunicação*, António Pinto Monteiro (coord). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002, p.27-64.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. “Construcción jurídica de los derechos de la personalidad” *in: Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública de José Beltrán Heredia y Castaño el día 29 de marzo*. Santander: Bedia [s.n.], 1976.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BENDA, Ernest. “La salvaguardia de la dignidad humana (artículo 1 de la Ley Fundamental)” (trad. Joaquín Brage Camazano) en *The Spanish Constitution in the European constitutional context* (La Constitución Española en el contexto constitucional europeo), Francisco Fernández Segado (ed), Dykinson: Madrid, 2003, p. 1447-1458.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de derecho civil: derecho privado y derecho de la persona*. Bercal: Madrid, 1996.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2005.

- BERNARDES, Marcelo di Rezende. “A atração fatal existente entre mídia e criminalidade” in: *Revista Magister: direito penal e processual penal*, v.3, n.14, p.38-55, out./nov., 2006.
- BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. “Direito à própria imagem” in *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, nº 2, p. 179-190, 1996.
- BESSA, L. Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. “O novo Código civil e os registros de proteção ao crédito” in: *Correio Braziliense, Brasília, caderno Direito e Justiça*, n.14519 17/02/ 2003, p.3.
- _____. “Bancos de dados” in: *Correio Braziliense, Brasília, Caderno Direito e Justiça*, n.14757 13/10/ 2003, p.6.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (vol. 1 e 2). Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.
- BEZDOS, Clovis. “A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão e a proteção da intimidade e da vida privada” in: *Revista Brasileira de Direito Público RBDP* v. 04, nº 15, p. 09-25, out./dez., 2006.
- BIANCO, João Carlos. “A obra fotográfica, o direito à imagem, à vida privada e à intimidade”. *Jusittia*, São Paulo, 62 (189/192), jan./dez., 2000, p. 202-217.
- BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994

_____. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. “Danos morais: cálculo da indenização por violações à imagem e ao nome de pessoa notória”, *Lex – Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, Vol. 121, Ano 24, 3º Bimestre, Maio e Junho, 1990.

BITTAR, Carla Bianca. “A Honra e a Intimidade em face dos direitos da personalidade” *in: Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.121 – 132.

BÖCKENDFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez). Baden-Baden, 1993.

BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Thomson Aranzadi, Navarra: 2006.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL VIEIRA, R. A. *Textos políticos da história do Brasil*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, s/f.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. OAB Editora, 2002.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

____. “As quatro crises do Brasil constitucional” en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, (coord. por Raúl Morodo Leoncio, Pedro de Veja), Vol. 2, 2001, p. 755-778.

____. “O constitucionalismo espanhol e seu influxo no Brasil (de Cádiz a Moncloa)” en *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, coord. por Francisco Fernández Segado, 2003, p. 197-2.

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

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOSCH BENÍTEZ, Oscar. “La veracidad como límite interno del derecho a la información” en *Cuadernos de Derecho Judicial: Honor, intimidad y propia imagen*, Nº 35, 1993, p.417-426.

BOTE SAAVEDRA, Juan-Francisco. “Colisión entre el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen y el derecho a la libertad de expresión e información: notas jurisprudenciales” *Cuadernos de Derecho Judicial: Honor, intimidad y propia imagen*, Nº 35, 1993, p. 443-449.

BRANCATO (Braz Augusto A. “D. Pedro I de Brasil e VI de Portugal e o constitucionalismo ibérico” en *História Constitucional (revista electrónica)*, nº 5, 2004.

BRASIL LIMA, Marco Aurélio. “A responsabilidade civil do site que publica conteúdo de terceiros” em *E-DICAS: O Direito na Sociedade da Informação*, Regina Ribeiro Do Valle (organizadora), São Paulo, Usina do Livro, 2005, p. 283-290.

BRUSCO, Dílson Emilio; RIBEIRO, Ernani Valter., *O processo histórico da elaboração do texto constitucional: mapas demonstrativos Brasil Assembléia Nacional Constituinte* (1987), 3 volumes, Brasília, Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993.

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

BUSTOS PUECHE, José Enrique. *¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor?* Tecnos: Madrid, 1992.

_____. *Manual sobre los bienes y derechos de la personalidad*. Dykinson, 1997.

_____. “Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia” en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Luís García San Miguel Rodríguez-Arango (Editor), Madrid, Tecnos, 1992, p. 101-156.

CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e Injurias*. DYKINSON: Madrid, 2004.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. *Derecho a la intimidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

_____. “Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 1999, pg. 1577-1586.

_____. “STC DE 26 DE MARZO DE 2001: Derecho a la imagen. Explotación comercial de la imagen. Concepto. Ausencia de relevancia constitucional. Inexistencia de atentado contra la dignidad personal” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 57, 2001, p. 775-794.

- ____. “Sentencia de 13 de Julio de 2006: Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un menor. Irrelevancia de la finalidad a la que se orientase la publicación in consentida de la imagen” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 74, 2007, pgs. 931-952.
- CABRAL, Rita Amaral. “O direito à intimidade da vida privada” in *Separata de "Estudos em Homenagem ao Prof. Paulo Cunha"*, Lisboa, 1988.
- CABRAL DE MONCADA, Luís. *Lições de Direito Civil*, Parte Geral, 4ª ed. rev.. Almedina: Coimbra, 1995.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.
- CAETANO, Marcello. *A Constituição de 1933: Estudo de Direito Político* (2ª ed.). Coimbra Editora, 1957.
- ____. *Constituições Portuguesas* (4ª ed. rev. e act.). Editorial Verbo: Lisboa/São Paulo, 1978.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. rev., atual. e ampl.; 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. “A influência da Constituição da República Portuguesa de 1976 sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” em *I trent'anni della Costituzione Portoghese: originalità, ricezioni, circolazione del modello* (a cura di Lucio Pegoraro), Center for Constitutional

Studies and Democratic Development Lecture Series, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, Bologna, 2006, p.179-230.

CAMPOS, Diogo Leite de; BARBAS, Stela. “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica” em *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, vol. 61, T. III (2001), p. 1257-1268.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós: estudos sobre o direito das pessoas*. Almedina: Coimbra, 2004.

____. “Lições de direitos da personalidade” em *Separata do vol LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.67, 1991, p.129-223.

____. “A relação da pessoa consigo mesma”, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2006, p.139-145.

____. “O estatuto jurídico da pessoa depois da morte” em *O Direito*, ano 139, 2007, II, p. 245-253.

CAMPS MERLO, Marina. *Identidad sexual y derecho: estudio interdisciplinario del transexualismo*. Pamplona: Eunsa, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Almedina: Coimbra, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “Reality shows” e *Liberdade de Programação*. Coimbra Editora: Coimbra, 2003.

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

____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina: Coimbra, 2003.

____. *O problema da dupla revisão na Constituição Portuguesa*. Revista Fronteira, 1978

____. *Direito constitucional e ciência política*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989

____. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2004.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra Editora: Coimbra, 1995.

____. “Os actos ilícitos civis de pedofilia violadores do direito geral de personalidade” em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2006, p.147-157.

CAPILLA RONCERO, Francisco. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Tecnos: Madrid, 1984.

CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen” en *Cuadernos de política criminal*, Nº 56, 1995, p. 405-428.

____. “Delitos contra los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la imagen en el anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994” en *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, 1997, p. 534-551.

CARRILLO LÓPEZ, Marc. *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, ed. Civitas, Madrid, 1993.

____. “Derecho a la información y veracidad informativa (Comentario a las SSTC 168/86 y 6/88)” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Númº 23, Mayo-Agosto, 1988, p. 187-206.

____. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental”, en *Revista Jurídica de Asturias*, nº 18, 1994, p. 7-30.

____. “El derecho a la propia imagen del Art. 18.1 de la CE” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993; p. 63-90.

____. “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor”, en *Derecho Privado y Constitución*, v. 4, nº 10, sept.-dic., 1996; p. 91-116.

____. “Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución española de 1978 (Comentario a la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo)” en *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid* (Ejemplar dedicado a: XXV Aniversario de la Constitución Española), Nº. 6, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005.

____. *Legislação Anotada da Comunicação Social*. Lisboa: Casa das Letras, 2005.

CARVALHO, Alberto Arons de. “A Responsabilidade Social da Comunicação Social” em *Estudos de Direito da Comunicação*, António Pinto Monteiro (coord). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002, p.19-26.

____. *A censura e as leis de imprensa*. Lisboa: Seara Nova, 1973.

CARVALHO, A. P. Gambogi. “O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos” in: *Revista de direito do consumidor*, nº 46, p.77-119, abr./jun. 2003.

CASADO CERVIÑO; Alberto. “Interrelación entre la Propiedad Industrial y Propiedad Intelectual: su tratamiento en la vigente legislación española” en *Homenaje a H. Baylos: estudios sobre derecho industrial: colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*, 1992, pg. 97-110.

CASAS VALLÈS, R. “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación” en *Poder Judicial*, n. 14, junio, 1989, Madrid, p. 131-144.

____. “Honor, intimidad e imagen: su tutela en la LO 1/82”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 1989; p. 9-95.

____. “3 de octubre de 1996. Derecho a la imagen. Utilización publicitaria in consentida. Evento deportivo” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, , Nº 43, 1997, p. 219-228.

CASCAJO CASTRO, J.L.; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; CID, B. Castro. TORRES, C. Gómez. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1979.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo I, vol. II*. Reus: Madrid, 1978.

_____. *Los derechos del Hombre*. 4º. Ed., Madrid: Reus S/A, 1992.

CASTÁN VAZQUEZ, J. M^a. “La protección al honor en el derecho español” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, diciembre de 1957, Reus, Madrid, 1958.

CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; IGUARTUA ARREGUI, Fernando; MARTÍN CASALS, Miguel; SALVADOR CODERCH, Pablo; SANTIDIUMENGE FARRÉ, Josep. *El mercado de las ideas*, Pablo Salvador Coderch (director), Josep Civil Espona (coordinador del texto), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Ed. Freitas Bastos, 1941.

CASTRO, L. F. Martins. “Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro” in: *Revista CEJ*, v.6, n.19, p.40-45, out./dez. 2002.

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

CAVALIERI FIHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CECCONELLO, Fernanda Ferrarini G. C. “Dano moral: liberdade de imprensa x indenizações às pessoas jurídicas, públicas e celebridades” in: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v.4, n.22, p.141-163, mar./abr. 2003.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “Reflexiones en torno al nuevo derecho a la identidad sexual” en *Revista General de Derecho*, Valencia, Núm. 89 (2001), p. 4947-4962.

CHAMBEL, Élia Marina Pereira. “A videovigilância e o direito à imagem” em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Almedina: Coimbra, 2004, p. 503-531.

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

_____. *Direito de arena*. Campinas: Julex Livros, 1988.

_____. “Direito a própria imagem” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.67, 1972, p.45-75.

_____. “Direito de arena” In: *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” in: *Revista brasileira de educação física e desportos*, v.11, n.50, p.33-35, abr./set., 1982.

_____. “Direito à imagem e direito à fisionomia” em: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.76, n.620, jun. 1987, p.7-14.

_____. “Direito à imagem de artistas e modelos – indenização pelo uso não autorizado de fotografias em revistas – Dano moral inclusive”, in: *ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas*, n.5, maio, 1989, p.19-23.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “Sobre el derecho de rectificación” en *Poder Judicial*, Nº 6, 1987, p. 71-82.

____. “El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos De Derecho Judicial, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 105-148.

CIFUENTES, S. *Derechos Personalísimos* (2ª ed. act. y ampl.). Astrea: Buenos Aires, 1995.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto. “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de mayo” en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 36, Nº 4, 1983, pags. 1243-1262.

____. “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad” en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, 1984, p. 101-116.

____. “Negocios jurídicos sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen” *Anuario de derecho civil*, Vol. 47, Nº 3, 1994, p. 31-69.

CLAVERO, Bartolomé. *Manual de Historia constitucional de España*. Alianza Editorial, 1989.

____. “Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano” (Epílogo) en *Cádiz, 1812 – La Constitución jurisdiccional*, CEPC, Madrid, 2007, p. 447-526.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2003.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Bosch Casa Editorial S.A: Barcelona, 1996.

- CONSTANT, Benjamin. “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos” – conferencia pronunciada en el Ateneo de París, febrero de 1819 – en sus *Escritos Políticos*. Traducción, estudio preliminar y notas de María Luisa Sánchez Mejías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas*. Almedina: Coimbra, 2004.
- _____. “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa” em *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, vol. 61, T. III (2001), p. 1229-1256.
- CORRÊA, Luciane Amaral. “O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução” em *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2000 p.165-210.
- CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação social*, vol. 1. Almedina: Coimbra, 2000.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- COSTA NETTO, Jose Carlos. “Direito de arena, a defesa do atleta” In: *Revista brasileira de educação física e desportos*, v.10, n.47, p.11-12, jul./set., 1981.
- COUTO, A.C. Felipe do. “Os cadastros restritivos de crédito” in: *Informativo jurídico consulex*, v.17, n.42, p.11, 20 out. 2003.
- COUTO GÁLVEZ, Rosa de; MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica, consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*. Madrid: Trama, 2005.

CREMADES, Javier. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. La Ley: Madrid, 1995.

CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*. Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995.

CRUZ VILLALÓN, Pedro; PARDO FALCÓN, Javier. “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 97, 2000, pags. 65-154.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

____. *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid: Trotta, D.L. 2004.

____. “Derechos fundamentales y derecho privado” en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 1, 1988, p. 97-114.

____. “Formación y evolución de los derechos fundamentales” en *Revista española de derecho constitucional*, Año n° 9, N° 25, 1989, p. 35-62.

____. “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas” en *Revista española de derecho constitucional*, Año n° 12, N° 35, 1992, p. 63-84.

____. “El principio de igualdad y otros conceptos afines” en *La doctrina del Tribunal Constitucional*: Sevilla, 4, 11, 18 y 25 de marzo de 1993, 1993, p. 39-58.

____. “Los derechos al honor y a la intimidad como límite a la libertad de expresión, en la doctrina del tribunal constitucional” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p.93-104.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais*. Lisboa: Editora Verbo, 2000.

____. *Direito Constitucional Aplicado: viver a Constituição, a Cidadania e os Direitos Humanos*. Quid Juris Editora: Lisboa, 2007.

____. “Do constitucionalismo brasileiro: Uma introdução histórica (1824-1988)” en *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 8, 2007, <http://hc.rediris.es/08/index.html>.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. “A disciplina normativa brasileira sobre o a intimidade e os bancos de dados” en *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, nº 18, segundo semestre 2007, p. 56-84.

CURADO MOREIRA, Luiz Roberto. “A problemática do dano à imagem”, *Revista da OAB/GO*, Ano XVII, n. 52, Goiânia, outubro/dezembro de 2002, p.25-28.

D´ALVA, Milena FONTGALLAND. “O direito à imagem e a liberdade de imprensa” in *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, v.6, n.21/22, p.241-249, abr./jul., 2004.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. “Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal” en *Actualidad informática Aranzadi: revista de informática para juristas*, Nº 34, 2000.

DE CASTRO y BRAVO. Federico. *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.

____. “Los llamados derechos de la personalidad” en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, vol. II, Madrid, 1997, p. 873-906.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Livraria Morais Editora (Coleção Doutrina): Lisboa, 1961.

DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción. “El derecho a la propia imagen de los personajes públicos: algunas reflexiones a propósito de las 139/2001 (Caso Cortina) y 83/2002 (Caso Alcocer)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, n. 67, enero-abril de 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 285-315.

DE LA VALGOMA, María. “Comentario a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” en *Anuario de Derechos Humanos*, n.2, Marzo 1983, Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, p. 647-671.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias* (3ª ed. rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Jaqueline Sarmiento. *O direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del REy, 2000.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 1996, p. 1190-1193.

DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil. V. I, Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*. Madrid: Tecnos, 2005.

DÍEZ DÍAZ, Joaquín. *¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?* Madrid Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1963.

DÍEZ-PICAZO Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Tecnos: Madrid, 1982.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. “Direito à imagem e a sua tutela” *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 79-106.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. “Os direitos da personalidade e a liberdade de informação”, *Revista de Direito Renovar*, Vol. 23, Maio/Agosto 2002.

DOMÍNGUEZ GREGORIO, Pablo. “Información y comunicación de masas en las democracias representativas” en <http://www.redcientifica.com/doc/doc200303150300.html>

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M^a Candelaria. “Sobre los derechos de la personalidad” en *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, Universidad de la Sabana – Colombia, N^o. 12, 2003.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONINNI, Oduvaldo e DONINNI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.

DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e Direito à Identidade Genética*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1990.

DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2003.

DUARTE, Fernanda...[et al.]. *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

DUCHACEK, Ivo D. *Derechos y libertades en el mundo actual: las promesas constitucionales y la realidad*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1976.

DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

ECO, UMBERTO. *Como se faz uma tese*. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza, São Paulo: Perspectiva, 2005.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional. *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de Derecho al honor, a la intimidad y Derecho de rectificación* (Javier Puyol Montero, María Flor Generoso Hermoso). Madrid Edigener, 1991.

ESPINAR VICENTE, José María. “La primacía del Derecho a la información sobre la intimidad y el honor” en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, San Miguel Rodríguez-Arango (Editor), Madrid, Tecnos, 1992, p. 46-67.

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

_____. “El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo” en *Actualidad Civil*, Nº 25, Semana 18-24 de Junio de 1990 (2), XXV, p.347-364.

EJNISMAN, Marcela W. “Privacidade possível na era digital” in: *E-DICAS: O Direito na Sociedade da Informação*, Regina ribeiro do valle (organizadora), São Paulo, Usina do Livro, 2005, p. 91-101.

ENRICH, Enric. “El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión”. *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación (1985), n. 3, 2004, p. 795-812.

FACHIN, Zulmar Antônio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Escritos de Direito de Família*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FARIÑAS MATONI, L. M. *El derecho a la intimidad*. Editorial Trivium: Madrid, 1983.

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

____. “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25º aniversario de la LO 1/1982” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre - 2007, 4, p. 13 y ss.

FELIU REY, Manuel Ignacio. *¿Tienen honor las personas jurídicas?* Tecnos: Madrid, 1990.

FERNANDES, José Manuel de Matos. “Justiça e Comunicação Social” em *Estudos de Direito da Comunicação*, António Pinto Monteiro (coord). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002, p.11-17.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Angeles. “Protección civil y constitucional del derecho a la imagen: (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo 905/1997, de 21 de octubre y del Tribunal Constitucional 139/2001 de 18 de junio)” en *Actualidad Civil*, Nº 2, 2002, p. 689-700.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. “La nueva ley de protección de datos de carácter personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades” en *Actualidad informática Aranzadi: revista de informática para juristas*, Nº 34, 2000.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. “PETER HÄBERLE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales” en *Teoría y realidad constitucional*, Nº 14, 2004, p. 554-560.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. “El sitio web “La Constitución Española de 1812” en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Nº 7, Septiembre 2006, párrafo 6-7, <http://hc.rediris.es/07/articulos/html/Numero07.html>.

FERRARA, Francesco. *Teoría de las personas jurídicas* (traducida de la 2ª ed. revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury; edición y estudio preliminar “¿Una persona inerte? de la teoría al “problema de la Interpretación” de las personas jurídicas” a cargo de José Luis Monereo Pérez y Cristóbal Molina Navarrete). Albolote (Granada): Comares, 2006.

FERRARI, Janice Helena. “Direito à própria imagem”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. RT, Ano 1, n. 4, julho-setembro de 1993, p. 145.

FERRARI, Amauri Pinto. *Calúnia, injúria e difamação*. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

FERRARI, Vincenzo. “Entre imagen e identidad. Hipótesis sobre la construcción social de derechos” en *Jornadas. La protección del derecho a la propia imagen en los medios de comunicación*, Luis Escobar de la Serna, Pamplona: Consejo Audiovisual de Navarra, 2005, p. 23-36.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Supremo Tribunal Federal, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2007.

FERREIRA MONTE, Mário. “O regitro de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira – Lei n. 5/2002” em *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários. Coimbra Editora: Coimbra, 2004, p.79-90.

_____. “A interceptação e gravação de conversações e comunicações. O regitro de voz e de imagem. Alguns aspectos relevantes do actual sistema processual penal” em *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários. Coimbra Editora: Coimbra, 2004, p.91-106.

FERREIRA SANTOS, Gustavo. “A Constituição da Primeira República Brasileira” en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº 4, junio de 2003.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada* (trad. Luis Sancho Mendizábal, edición al cuidado de Jose Luis Monereo Pérez). Granada: Editorial Comares, 2001.

FINGER, Julio Cesar. “Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil” em *A Constituição Concretizada*:

construindo pontes com o público e o privado, Ingo Wolfgang SARLET (org.).
Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2000 p.85 – 106.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado* - 4 ed. ver.
atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, Ricardo; et. All. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

FRANÇA. Rúbens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. São Paulo: Revista
dos Tribunais, 1958.

_____. *Manual de Direito Civil*, 1º vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Instituições de Direito Civil: todo o Direito Civil num só volume*. São Paulo:
Saraiva, 1999.

FREIXAS GUTIÉRREZ, Gabriel. *La protección de los datos de carácter personal en el
derecho español*. Bosch, Barcelona, 2001.

FROSINI, Vittorio. *Il diritto nella società tecnologica*. Milano Giuffrè, 1981.

_____. *Cibernética, derecho y sociedad*, prólogo de Antonio-Enrique Pérez Luño, (tr. de
Carlos A. Salguero-Talavera y Ramón L. Soriano Díaz). Madrid Tecnos, 1982.

FROTA ARAÚJO, Francisco Régis. “Organização Constitucional do Estado Federal:
Aproximações ao Modelo Brasileiro” em *Revista Galega de Economía*, vol. 14,
núm. 1-2, 2005, pp. 1-22.

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique; ALEJANDRE GARCÍA Juan Antonio; GARCÍA MARÍN, José María. *Manual básico de Historia del Derecho*. Madrid, 1997.

GALÁN-JUÁREZ, Mercedes. “Derecho a transmitir libremente información veraz” en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 55, vol. II, 2006, p. 597-617.

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

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2007” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 733, 2007, p. 1-10.

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

GARCÍA GARCÍA, Clemente. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia: Universidad de Murcia, Departamento de Derecho civil, 2003.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *El ejercicio de los Derechos de la Personalidad del Menor no Emancipado*. Editorial Aranzadi, 2004.

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

GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El régimen constitucional español*. Barcelona, 1980.

GARCÍA ONTOSO, Rosa María. “Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999” en *Actualidad informática Aranzadi: revista de informática para juristas*, Nº 34, 2000.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Alianza Editorial, Madrid, 1984.

GARCÍA PÉREZ, C. *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2001.

GARCÍA VITORIA, Aurora. *El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1983

GARRIDO FALLA, Fernando (et. All). *Comentarios a la Constitución*. Civitas, 2001.

GARRIDO GOMEZ, María Isabel. María Isabel. “Datos personales y protección del ciudadano” en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, Nº. 87, 1997, p. 71-98.

GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. “El modelo constitucional Gaditano” en *Cádiz, 1812 – La Constitución jurisdiccional*, CEPC, Madrid, 2007, p.373-392.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. “El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº 3, 2003, pags. 1803-1830.

GERALDES, Ana Luísa. *O direito da publicidade*. Instituto do Consumidor: Lisboa, 1999.

- GIACOIA Gilberto. “Invasão da Intimidade” em *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Setembro de 2002, nº 31, p. 11-24.
- GINESTA AMARGOS, J. “*Ius imaginis*”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 1983, p. 897-916.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M. “Imagen (derecho a la propia)” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix XI*, Barcelona, 1962, p. 301-376.
- _____. “El derecho a la propia imagen hoy” in *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España / Consejo General del Notariado, Madrid, Vol. VI, p. 203-252.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GODOY, Arnaldo Sampaio e Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2006.
- GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. “*Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*”. Madrid: Dykinson, 2007.
- GÓMEZ PAVÓN, P. *La intimidad como objeto de protección penal*. Ediciones Akal, Madrid, 1989.
- GONÇALVES, Fernando Paulo. “Las revisiones de la Constitución de 1976” en *La Constitución portuguesa de 1976: un estudio académico treinta años después*, Javier Tajadura Tejada (coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 291-308.

- GONÇALVES, L. de Carvalho Ribeiro. “Abordagem constitucional do banco de dados”
in: Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, v.2,
n.7, p.56-68, fev./mar. 2006.
- GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa. *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales*. Institut de Ciències Polítiques i Socials: Barcelona, 1994.
- GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *La degradación del derecho al honor*. Madrid: Civitas, 1993.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, José Luis. “El derecho al valor comercial de la identidad (right of publicity) y el ilícito del desmerecimiento ante la opinión pública (false light)” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3, 2004.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I)” en *Derecho penal español: parte especial*, (coord. Manuel Cobo del Rosal), 2005, p. 341-380.
- GONZÁLEZ URDÍNGUIO Ana; GONZÁLEZ GUTIERREZ DE LEÓN, M^a Almudena. “La videovigilancia en el sistema democrático español: análisis y crítica de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de Agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº. 89, 1998, p. 105-124.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier. “Derecho a la identidad sexual: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” En: *Revista General de Derecho Europeo* [Recurso electrónico], Madrid: Portalderecho, 2003, Núm. 1 (2003), 23 p.

GORROTXATEGI AZURMENDI, Miren. “El derecho a la imagen, objeto de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.42, mayo-agosto de 1995, p. 349-374.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Aequitas Editorial Notícias: Lisboa, 1995.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, vol 1. Coimbra, 2005.

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

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

GUERRERO LEBRON, Macarena. *La protección jurídica del honor “post mortem” en Derecho Romano y en Derecho Civil*. Editorial Comares, Granada: 2002.

GUIMARÃES, Abel Balbino. Os direitos da personalidade. Em: *Informativo jurídico Consulex*, v.16, nº 26, p.12-18, 1. jul., 2002.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, E. *El Patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*. Editorial Porrúa S. A., México, 1995.

GUSSO, Moacir Luiz, *Dano moral indenizável* (Manual teórico e prático: doutrina, legislação, súmulas, jurisprudência, prática). São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional* (trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Editorial Trotta: Madrid, 1997.

_____. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* (trad. Emilio Mikunda). Tecnos. Madrid, 2000.

_____. *Hermenêutica constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley* (trad. Joaquín Brague Camazano). Dykinson: Madrid, 2003.

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

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica” En: *Revista de Derecho Privado*, Núm. julio-agosto (2005), p. 19-74.

HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. “Los derechos de las personas en la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal” en *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho, 2002-2003*, (coord. por Miguel Angel Davara Rodríguez), 2003, p. 57-70.

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

_____. *Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión*. Colex: Madrid, 1998.

_____. *La intimidad como derecho fundamental*. Colex: Madrid, 1998.

HESPANHA, António Manuel. “A Constituição do Império português. Revisão de alguns enfiamentos correntes”, em Maria Fernanda Bicalho, José Frago, et all, *O Antigo Regime nos trópicos. A dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001, 163-188.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional* (trad. Pedro Cruz Villalón). Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1983.

_____. *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (trad. Ignacio Gutiérrez Guitierrez). Editorial Civitas: Madrid, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Se eu soubesse que ele era meu pai... (direito à identidade genética)” in: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 2001/2002, v.2/3, n.2/3, p.121-134.

HOMEM, António Pedro Barbas. “O preço da honra” em *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 30, Jan-Fev 2004, p. 04-09.

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

_____. “Responsabilidad civil extracontractual. Ofensa al honor. Congruencia. Estipulación en favor de un tercero. Contrato de publicidad con la Compañía Telefónica” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 7, 1985, p. 2235-2252.

____. “Derecho a la imagen. Utilización de fotografía para fines electorales. Indemnización del daño moral; revisión del quantum” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 14, 1987, p. 4561-4578.

____. “Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad. Derecho de información” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 18, 1988, p. 973-978.

____. “La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona”. Comentarios a la STC 231/88 de 02/12” *La ley*, Febrero 1990, p. 1066-80.

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

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

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

JELLINEK, Giorgio. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*; traduzione italiana riveduta dall'autore della seconda edizione tedesca con note dell'avv. Gaetano Vitagliano e prefazione del prof. Vittorio Emmanuele Orlando. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

JIMENEZ CAMPO, Javier. “Crisis política transición al pluralismo en España (1975-1978)” en *La Constitución Española de 1978: Estudio sistemático* (dir. Alberto Predieri y E. García de Enterría). Editorial Civitas, 1984, p.45-96.

JORDANO FRAGA, Jesús. “La nulidad de los actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales susceptibles de amparo constitucional” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 90, 1996, p. 245-273.

- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Santa Fe: El Cid Editor, 2003.
- KHOLER, Josef. “A própria imagem no direito” (trad. Walter Moraes) *in: Revista Interamericana de derecho intelectual*, vol. 2, nº 2, Julio/Diciembre 1979, p. 50-67.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis... [et al.]. *Elementos de derecho civil. I, Parte general. 2, Personas*. Madrid: Dykinson, 2002.
- LALINDE ABADÍA, Jesús. *Iniciación Histórica al Derecho Español*. PPU, Barcelona, 1989.
- LAMA AYMÁ, Alejandra de. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil, Parte General*, (trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea). Editorial Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho Reunidas): Madrid, 1978.
- LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Barcelona : Ariel, 2002.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. “El derecho a la imagen de las cosas propias” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 2, 2007, p. 215-236.
- LEONCY, Léo Ferreira. “Colisão de direitos fundamentais a partir da Lei n. 6.075/97: o direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas e à liberdade de expressão e de informação” em: *Revista de Informação Legislativa*, v.34, n.136, out./dez. 1997, p.349-353.
- LEWICKI, Bruno. “Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada” *in Revista Trimestral de Direito Civil RTDC*, v. 07, nº 27, p. 211-219, jul./set., 2006.

LIMA, Arnaldo Siqueira de. *O direito à imagem: proteção jurídica e limites de violação*. Brasília: Universa, 2003.

____. “O direito à imagem” em *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 792, outubro de 2001, Primeira Seção, p. 451-463.

LIMA Jr., Jayme Benvenuto; GORENSTEIN, Fabiana; HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. *Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos*. Edições Loyola: São Paulo, 2002.

LIMBERGER, T. “A informática e a proteção à intimidade” in: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.8, n.33, p.110-124, out./dez 2000.

LINDON, Raymond. *Les droits de la Personnalité*. Dalloz: Paris, 1983.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. *Derecho de la Libertad de Conciencia II – libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*. Madrid, Civitas, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel, Barcelona, 1979.

LOPERA MESA, Gloria-Patricia. “El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo” en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 25, Nº 73, 2005, pags. 381-410.

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

LÓPEZ JACOISTE. “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, nº 4, 1986, p 1059-1120.

- LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. *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.
- LÓPEZ QUIROGA, J. *La propiedad intelectual en España: estudio teórico y práctico de la ley y reglamento vigentes*. Madrid, 1918.
- LORENTE SARIÑENA, Marta. “Ámbitos constitucionales e historiografía de la Constitución: la nación doceañista” en *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración – Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, José Alvarez Junco y Javier Moreno Luzón (eds.), CEPC, Madrid, 2006, p.143-154.
- LÚCIO, Álvaro Laborinho. “A genética e a pessoa - o direito à identidade” *In: Revista do Ministério Público*, Vol. 22, t. 88 (2001), p. 7 e ss.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Protección penal de la intimidad y derecho a la información” en *Estudios sobre el derecho a la intimidad* (coord. por Luis García San Miguel Rodríguez-Arango), 1992, p. 68-100.
- MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Almedina: Coimbra, 2005.
- _____. “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância (Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães de 31.3.2004, Proc.415/04)” em *Cadernos de Direito Privado*, vol. 11, Jul/Set, 2005, p.47-62.
- MACEDO JÚNIOR, R. Porto. “Privacidade, mercado e informação” *in: Revista de Direito do Consumidor*, nº 31, p.13-24, jul./set. 1999.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra Editora: Coimbra, 2002.

MADRID CONESSA, Fulgencio. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Universidad de Valencia, 1984.

MAGRO SERVET, Vicente. Consideraciones sobre la nueva Ley que regula la utilización de las videocámaras por las fuerzas de seguridad en lugares públicos” en *Revista del poder judicial*, Nº 47, 1997, p. 277-298.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. “Direito da personalidade no novo código civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana” in: *Questões controvertidas no novo código civil* (v.1). São Paulo: Método, 2004, p. 45-90.

MALUQUER DE MOTES BERNET, CARLOS J *Codificación, persona y negocio jurídico*. Editorial Bosch, Barcelona: 2003.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luís. “El Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Alemán”, *Boletín de información*, Madrid, a.45n.1619, (05 de diciembre), 1991, p. 6124-6130.

MARINHO, Josaphat. “Os direitos da personalidade no projeto do Novo Código Civil Brasileiro” em *Portugal-Brasil ano 2000*, Coimbra Editora, 1999, p.247-261.

MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia. “A tutela geral da personalidade e o direito ao bom nome na jurisprudencia do STJ” em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2006, p. 103-130.

MARTÍN MORALES, Ricardo. “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 2004, p. 1718-1725.

- MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel. “La Constitución Española de 1978 en la historia del constitucionalismo español” en *La Constitución Española de 1978: Estudio sistemático* (dir. Alberto Predieri y E. García de Enterría). Editorial Civitas, 1984, p. 24.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Civitas, Madrid, 1993.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. “30 de enero de 1998. Apropiación comercial del derecho al nombre y a la propia imagen. Identificación indirecta de actor en anuncio publicitario” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 47, 1998, p. 705-724.
- MARTÍNEZ MIRANDA, Rafael. *Derecho a la información, la participación y el poder de informar*. UG, Granada, 1991.
- MARTÍNEZ-PUJALTE. Antonio Luis “Ambito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad: STC 136/199, de 20 de julio” en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Nº. 54, 2006 (Ejemplar dedicado a: Veinticinco años de jurisprudencia constitucional I), pags. 75-118.
- MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*. Bosch: Barcelona, 2004.
- MARTÍNEZ SAMPERE, Eva. “Nuestra Común y Diferente Humanidad: su Articulación Jurídica” en *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía Política y Humanidades*, nº. 16, 2006, p. 167-189.
- . “Igualdad y no discriminación” en *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coord. Manuel

Carrasco Durán, Francisco Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez, Manuel José Terol Becerra, Vol. 1, 2006, p. 607-616.

____. “Derechos Humanos y diversidad individual” en *Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, N° 8, 2002: http://www.institucional.us.es/araucaria/nro8/ideas8_1.htm.

MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María. “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845 y en sus proyectos de reforma”, Capítulo III de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p.83-109.

MARTINS, Julio de Pina. “Protecção Jurídica das Bases de Dados” in: *Documentação e Direito Comparado*, n.47/48, p.269-299, jul./dez. 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “O Direito a imagem” in *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*, v.33, n.47, p.37-39, 1989.

____. “Direitos e deveres no mundo da Comunicação – da Comunicação Clássica à Eletrônica”, em: *Portugal-Brasil ano 2000*, Coimbra Editora, 1999, p.105-126.

MARZOCHI, Marcelo de Luca. “Responsabilidade do Google por ofensa publicada no Orkut” in: *Consulex: Revista Jurídica*, v.10, n.228, p.48-51, jul., 2006.

MATHIEU, Bertrand. “Reflexões sober o Papel dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Constitucional”, trad. Elizabeth Lopes e Ana Marta Cattani de Barros Zilveti, em *Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti (coord.). Dialética: São Paulo, 1999, p. 23-30.

MATTIA, Fábio Maria de. “Direitos da personalidade: aspectos gerais” em *Estudos de Direito Civil*, coord. de Antônio Chaves, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, pp. 99 ss.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

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

_____. “Escritos sobre derechos fundamentales”, reseña de: BÖCKENDFÖRDE Wolfgang Ernst. *Escritos sobre los derechos fundamentales* Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1993, en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 14, Nº 41, 1994, p. 323-332.

_____. “La articulación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la tutela de las libertades de expresión e información” en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. 2, 2002, p. 1669-1700.

_____. “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”. *Cuadernos de derecho público*, Nº 5, 1998, pags. 119-142.

MEDINA MORALES, Diego. “Persona y personalidad en la teoría pura del derecho” en *Personalidad y capacidad jurídicas*, 74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho De Córdoba, Tomo II, Rafael Casado Raigón y Ignacio Gallego Domínguez (coord.), Córdoba, 2005, p.833-851.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. “Liberdade de expressão, de informação e direito a imagem sob o ângulo constitucional” (Capítulo de livro) in *Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento*. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004, p. 143-162.

- MELLO JORGE SILVEIRA, Renato de. “As CPIs e o direito à própria imagem”, *Revista Consulex*, Ano V, n. 100, 15 de março/2001, p. 66.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. “Responsabilidade civil objetiva dos meios de comunicação por ofensa aos direitos da personalidade” in: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n.64, p.39-56, jul./set., 2005.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de Direito Constitucional brasileiro*. Revista Forense, 1968.
- MENDES, João Castro. *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 1. Edição AAFDL, Lisboa, 1978.
- MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira. *O direito à honra e a sua tutela penal*. Almedina: Coimbra, 1996.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. “O direito da sociedade à informação jornalística e os direitos da pessoa” in: *Revista de Direito da PMGRJ*, Ano III, nº 3, 2002, p. 171-196.
- MESA GUTIERRÉZ, José Luis de. “Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen y las libertades de expresión e información” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993; p.385-393.
- MIGUEL CASTAÑO, Adoración de. “Libertad de información y derecho de intimidad: medios para garantizarla: Incidencia en el ámbito de la estadística, in: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense – RFDUC (Ejemplar dedicado a: Informática y derecho)*, n. 12, septiembre, 1986, p. 165-196.
- MÍGUEZ MACHO, Luis. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn” en *Revista de estudios políticos*, Nº 127, 2005, p. 349-354.

- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra Editora: Coimbra, 2005.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV: Direitos Fundamentais*, 3ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- _____. *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses: Lisboa, 2001.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra Editora, 2002, p. 210.
- _____. *As Constituições Portuguesas: de 1822 ao texto actual da Constituição* (2ª ed.). Livraria Petrony: Lisboa, 1984.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado (Parte Especial, Tomo VII, § 738, “Direito à própria imagem”)*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.
- MONTEIRO, Cesar Bessa. “Proteção de Bases de Dados Pessoais em Portugal” in: *Revista da ABPI*, nº 39, p.45-48, mar./abr. 1999.
- MORAES, Walter. “Direito à própria imagem (I)” in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 443, set. 1972, p. 64-81
- _____. “Direito à própria imagem (II)” in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 444, out. 1972, p. 11-28.
- _____. “Como se há de entender o direito constitucional a própria imagem” in *Repertório IOB Jurisprudência : Comercial, Civil e Outros*, n.5, p.84-82, 1.quinz. mar., 1989.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. “A tutela do nome da pessoa humana”, *in: Revista Forense*, v.98, n.364, p.217-228, nov./dez. 2002.
- MORALES PRATS, Fermín. “Protección de la intimidad: delitos e infracciones administrativas”, *La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)* (dir. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez), Cuadernos de Derecho Judicial, N°. 13, Madrid, 1997 p. 39-86.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Ação Civil Pública e Programação da TV” *In: Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v.1, n.2, p.73-84, jul./dez., 1995.
- MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- MORELLO, Augusto Mario; STIGLITZ, Gabriel A. *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*. Librería Editora Platense S.R.L., La Plata: 1986.
- MUÑOZ LORENTE, J. *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Libertad de Prensa y Procesos por difamación*. Ariel, Barcelona, 1988.
- MURILLO DE LA CUEVA, P. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Editorial Tecnos: Madrid, 1990.
- _____. “El derecho a la intimidad” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 11-61.

- ____. “La Protección de datos en la Administración de Justicia” en *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Cuadernos de Derecho Judicial IX, 2004, p. 223-263.
- NAVARRO MARCHANTE, Vicente J. “La veracidad, como límite interno del derecho a la información” *Revista Latina de comunicación social*, Nº. 8, 1998, (<http://www.ull.es/publicaciones/latina/a/56vic.htm>).
- NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. Ediforum Edições Jurídicas, 14ª ed.: Lisboa, 2004.
- NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra Editora: 2004.
- NETTO FRANCIULLI, Domingos. “A proteção ao direito à imagem e a constituição federal” in: *Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v.16, n.1, p.19-38, jan./jun., 2004.
- NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2006.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. “O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana”. En www.jus.com.br (20/04/2005).
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “El Derecho de Declaración, Aclaración o de Rectificación en el Ordenamiento Jurídico Nacional” en *Ius et Praxis*, 2001, vol.7, no.2, p.327-356.
- NOREÑA SALTO, José Ramón. “Libertad de información y derecho a la intimidad y propia imagen: especial referencia a determinados delitos y al proceso de menores” en *Estudios jurídicos Ministerio Fiscal*, Nº 4, 2002, p. 53-72.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites, honor, intimidad e imagen*. Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, 1991.

____. “Derecho al honor” en *Actualidad civil*, Nº 1, 1990, p. 1-12.

____. “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *XII Jornadas de Estudio sobre Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas*, vol. I, 1992, p. 543-625.

____. “Honor, Intimidad y Propia Imagen en la Jurisprudencia de la sala 1a del Tribunal Supremo” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 151-205.

____. “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 1996, p. 1247-1251.

OLAGNIER, Paul. *Le droit d'auteur*, préface de Émile de Saint-Auban. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1934, I.

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

OLIVEIRA, Mauro Maurício. *Fontes e informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las*. Brasília, Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

OPICE BLUM, Renato M. S.; CARDOSO, Taysa Elias. “Políticas de segurança, privacidade e os tribunais” in: *E-DICAS: O Direito na Sociedade da Informação*,

Regina Ribeiro Do Valle (organizadora), São Paulo, Usina do Livro, 2005, p. 153-157.

ORTÍ VALLEJO, Antonio. *Derecho a la intimidad e informática*. Comares, 1994.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

OTERO PARGA, Milagros. “Los derechos humanos en la Constitución de 1931”, Capítulo VI de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p 176-206.

PACE, Alessandro. “El derecho a la propia imagen en la sociedad de los *mass media*” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, Núm. 52, Enero-Abril 1998, p. 33-52.

PAIVA, M. Antônio Lobato de. “Autodeterminação informativa”, in: *Direito Administrativo: temas atuais*, Leme, SP: LED, 2003, p. 675-705.

PADRÓS REIG, Carlos. “Videovigilancia y Estado Autonómico. Comentario a proposito de la actividad normativa de despliegue de la ley orgánica 4/1997” en *Revista de Administración Pública*, Nº 151, Enero-abril 2000, p.465-488.

PALOMINO, Rafael. *Derecho a la intimidad y Religión: la protección jurídica del secreto religioso*. Editorial Comares: Granada, 1999.

PANEA, J. M., “La imprescindible dignidad”, *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas*, Coord. Antonio Ruiz de la Cuesta, Universidad de Sevilla, 2005, p.18-28.

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

____. “La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen” en *Propiedad y Derecho Constitucional*, coord. Francisco J. Bastida, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p. 347-375.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I. Núm. 3. Septiembre-diciembre 1981, p. 169-190.

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

PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. “Contornos atuais do direito à imagem” In: *Revista Forense*, v.99, n.367, maio/jun., 2003, p.45-68.

PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel. “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional” en *Jueces para la democracia*, Nº 28, 1997, pags. 69-75.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “Sobre el derecho a la propia imagen”, en *Poder Judicial* (1981), n. 10, 1988, p. 75-82.

PÉREZ FUENTES, Gisela María. “Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España” en *Revista de Derecho Privado*, Nº. 8, 2004, p. 111-146.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid: 2005

- ____. *Manual de Informática y Derecho*. Ariel, 1996.
- ____. *La tercera generación de derechos humanos*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- ____. “Informática y libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española” en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Núm. 24, Noviembre-Diciembre 1981, p. 31-53.
- ____. “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales” en *Anuario de Derechos Humanos*, 1º, Madrid, 1981, p. 256-274.
- ____. “Sobre la igualdad en la Constitución Española” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 4, 1987, p. 133-152.
- ____. “El derecho a la autodeterminación informativa” en *Anuario de jornadas 1989-1990*: (Servicio de Estudios del IVAP), 1991, p. 299-331.
- ____. “Las generaciones de derechos fundamentales” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº. 10, 1991, p. 203-217.
- ____. “Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data” en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 36-45.
- ____. “Comentario legislativo: la LORTAD y los derechos fundamentales”, en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, n.º 1, 1993, p. 405-424.
- ____. “El concepto de interesado en la directiva comunitaria 95/46”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Nº. 13, 1997 (Ejemplar dedicado a: La protección del derecho a la intimidad de las personas en el ámbito ... (fichero de datos) / José María Álvarez-Cienfuegos Suárez (dir.)), p. 13-38.

- ____. “El derecho a la intimidad” en *Constitución y derechos fundamentales*, coord. por Jerónimo Betegón Carrillo, Francisco Javier Laporta San Miguel, Luis Prieto Sanchís, Juan Ramón de Páramo Argüelles, 2004, p. 639-668.
- ____. “El derecho a la intimidad en el ámbito de la Biomedicina”, en *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas*, Antonio Ruiz de la Cuesta (coordinador), Universidad de Sevilla: 2005, p.105-130.
- PÉREZ ROYO, J... (et all). *Así se contó la guerra: televisión y espectáculo informativo*. Sevilla Universidad de Sevilla, Facultad de Ciencias de la Información [etc.], 1991.
- PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional* (rev. Manuel Carrasco Durán). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005.
- ____. *Los problemas básicos de la teoría del Estado*. Sevilla Universidad de Sevilla, Instituto García Oviedo, 1977.
- ____. *Introducción a la teoría del Estado*. Barcelona Blume, 1980.
- ____. *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1984.
- ____. *La reforma de la Constitución*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987.
- ____. *Tribunal constitucional y división de poderes*. Madrid Tecnos, 1988.
- ____. *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas: debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 24 de enero de 1994*. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

- PESO NAVARRO, Emilio del. “Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos y la LORTAD” en *Actualidad informática Aranzadi: revista de informática para juristas*, Nº 34, 2000.
- PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.
- PIERINI, Alicia; LORENCE Valentín, TORNABENE María Inés. *Hábeas data: derecho a la intimidad: derecho a informar, limites, censura*. Buenos Aires Universidad, 1999.
- PIMENTA, Eduardo S. “O direito de arena e a empresa de radiodifusão” In: *Revista Jurídica Mineira*, v.9, n.109, p.7-12, set./out., 1994.
- PINTO, Ricardo Leite. “Liberdade de Imprensa e vida privada”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, abril de 1994, p. 27-147.
- PINTO, António Marinho e. “Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e de informação” in: *Sub Judice*, 1999.1, T. 15-16, p. 75-81.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., por Antônio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, Paulo Mota. “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português” em *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Ingo Wolfgang SARLET (org.). Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2000 p.61-83.
- _____. “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade” em: *Portugal-Brasil ano 2000*, Coimbra Editora, 1999, p.149-246.

- ____. “O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1993 - vol. LXIX (1993), p. 479 e ss.
- PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. “A protecção da vida privada e a Constituição” in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2000 - vol. LXXVI (2000), p. 153-203.
- PLANA ARNALDOS, Maria Carmen. “Revocación del consentimiento prestado para la utilización de la propia imagen: sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 1994” en *Anales de derecho*, Nº 12, 2, 1994, p. 299-332.
- PLAZA Y JABAT, Soledad. “El derecho a la imagen, su naturaleza y forma de explotación. Breve referencia a su tratamiento tributario”, en *Crónica Tributaria*, n.81, 1997, p.87-100.
- PORTILLO, José M. “La Constitución Universal” en *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración – Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, José Alvarez Junco y Javier Moreno Luzón (eds.), CEPC, Madrid, 2006, p. 85-100.
- PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Livraria Almedina: Lisboa, 1982.
- PUENTE MUÑOZ, Teresa. “El derecho a la intimidad en la constitución” en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 33, Nº 4, 1980, p. 915-928.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- QUEIROZ, D. Duarte de. “Privacidade na Internet” in: *Direito da Informática, Temas polémicos*, Demócrito Reinaldo Filho (coord.), Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 81-96.

- RABELLO, Jose Geraldo de Jacobina. “Do Direito de arena” *In: Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v.12, n.54, p.13-18, set./out., 1978.
- RAMOS, A. de Carvalho. “O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil” *in: Revista de direito do consumidor*, n.53, p.39-53, jan./mar. 2005.
- RAVANAS, Jacques. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978.
- REALE, Miguel. *Temas de Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 22.
- REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão*. Lisboa: Lex, 1998.
- REINALDO FILHO, D. Ramos. “A central de risco de crédito do Banco Central: considerações sobre sua natureza e os riscos à proteção dos dados pessoais dos clientes bancários” *in: Consulex:Revista jurídica*, v.9, n.192, p.52-58, jan. 2005.
- _____. “A privacidade na Sociedade da Informação” *in: Direito da Informática, Temas polêmicos*, Demócrito Reinaldo Filho (coord.), Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 25-40.
- RODRIGUES, Cláudia. “Direito autoral e direito de imagem” *in: Revista dos Tribunais*, v.93, n.827, p.59-68, set., BBD, 2005.
- RODRIGUES, Sílvio. “Direitos da Personalidade”, *Revista do Advogado*, nº 19, out., 1985, p. 54-60.

- RODRIGUES, N. Cunha. “Direitos do consumidor e os arquivos de consumo” in: *Boletim dos Procuradores da República*, v.5, n.64, p.21-31, ago. 2003.
- RODRIGUES DE ALMEIDA, Carlos. “O registro de voz e de imagem – notas ao art. 6, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro” em *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico - Financeira*, Centro de Estudos Judiciários. Coimbra Editora: Coimbra, 2004, p. 107-117.
- RODRÍGUEZ ALONSO (Manuel. “El Estatuto Real de 1834. El embajador británico en la preparación y redacción definitiva del texto” en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Número 44, Marzo-Abril 1985, p. 189-204.
- RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. “El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional” en *Anales de la Facultad de Derecho*, Nº 13, 1996, p. 41-76.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1876”, Capítulo V de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p.135-175.
- RODRÍGUEZ GUITIAN, Alma Maria. *El derecho al honor de las personas jurídicas*. Editorial Montecorvo S. A., Madrid: 1996.
- RODRÍGUEZ PALENCIA, Alfonso; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. “La renuncia a los bienes de la personalidad” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 97, Enero-Marzo, 2002, nº 1, p. 81-112.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Aravaca (Madrid): McGraw-Hill-Interamericana de España, 1998.

___: “La intimidad genética: perspectivas desde la autonomía individual” en *Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas* (coor. Antón Ruiz de la Cuesta), Universidad de Sevilla, 2005, p. 225-244

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. “Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1837”, Capítulo II de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p.45-82.

ROGEL VIDE, Carlos. *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Editorial Tecnos, 1984.

___ . *Derecho de la persona*. Barcelona: Cálamo, D.L. 2002.

___ . *Derecho de autor*. Barcelona: Cálamo, D.L. 2002.

___ . “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional” *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 2, 1993, p. 1913-1946

___ . “Origen y actualidad de los derechos de la personalidad” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Año nº 149, Nº 1, 2002, pags. 113-134.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Los bienes y derechos de la personalidad*. Editorial Trivium, 1985.

___ . *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*. Madrid: Civitas, 2000.

___ . *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas*. Madrid: Civitas, 2001.

____. “El derecho a la intimidad privada y su problemática (1)”, en *Actualidad Civil*, v. 2, n.º 29, 1989, p. 2241-2256.

____. “El derecho a la intimidad privada y su problemática (2)”, en *Actualidad Civil*, v. 2, n.º 30, 1989, p. 2341-2352.

ROSADO IGLESIAS, Gema. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*. Tirant lo blanch: Valencia, 2004.

ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, María Carolina. “Los derechos humanos en la Constitución de 1869” Capítulo IV de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p.111-133.

ROVIRA SUERIO, Maria E. *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. CEDECS Editorial: Barcelona, 1999.

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

RSTON, Sergio Martins. “Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória” in: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série, v.7, n.14, p.91-105, jul./dez. 2004.

RUBÍ NAVARRETE, Jesús. “Los principios de protección de datos y el reglamento de medidas de seguridad” en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho: 2000-2001* (coord. por Miguel Angel Davara Rodríguez), 2001, p. 79-86.

RUBIO LLORENTE, F. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. (doctrina jurisprudencial); con la colaboración de M^a Ángeles Ahumada Ruiz... [et al.]. Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1995.

____. *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

____. “La Igualdad en la aplicación de la ley” en *El principio de Igualdad* (ed. Luis García San Miguel). Dykinson, Madrid, 2000, p. 47-58.

RUIZ CARRILLO, Antonio. *La protección de los datos de carácter personal*. Bosch, Barcelona, 2001.

RUIZ DE LA CUESTA, Antonio. “El Valor ‘Vida Humana Digna: su prescriptividad ética y jurídica’ en *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas*, Coord. Antonio Ruiz de la Cuesta, Universidad de Sevilla, 2005, p. 59-78.

RUIZ Y TOMAZ, Francisco. *Ensayo de un estudio sobre el derecho a la propia imagen*. Reus, Madrid, 1931.

RUIZ MIGUEL, C. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos: Madrid, 1995.

RUIZ MIGUEL, Jesús Alfonso. “La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *El principio de Igualdad* (ed. Luis García San Miguel). Dykinson, Madrid, 2000, p. 155-200.

SÁ, Domingo Silva Carvalho de. “O Direito à imagem” em *Maia Jurídica Revista de Direito*, ano I, Nº 1, Janeiro - Julho 2003, p. 105-123.

SAHM, Regina. *Direito à imagem no Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002.

____. “O direito moral de autor e o fundamento do direito à intimidade” in: *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*:

homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.41-51.

SAIZ VALDIVIELSO, Alfonso Carlos. “El honor, o la crisis de un derecho fundamental” in *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú* (coordinado por Raúl Morodo e Pedro De Vega), Tomo III, 2002, p. 1911-1927.

SALDAÑA DÍAZ, María Nieves. “«A legacy of suppression»: del control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII” en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, N° 2, 2002, p. 175-211.

_____. “En defensa de la libertad de prensa: la "Areopagítica" de John Milton” en *Revista de estudios políticos*, N° 125, 2004, p. 277-324.

_____. “«A legacy of suppression» (II): del control de la información y opinión en la América colonial y prerrevolucionaria. La emergencia de la libertad de prensa” en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, N° 3, 2005, pags. 131-140.

_____. “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica” en *Araucaria: Revista Iberoamericana Filosofía, Política y Humanidades*, Año 8, N° 18, Segundo semestre de 2007, p. 85-115.

SALOM, Javier Aparicio. *Estudio sobre la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. Editorial Aranzadi, 2000.

SALVADOR CODERCH, Pablo; GÓMEZ POMAR, Fernando, et all. *Libertad de expresión y conflicto institucional: cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*. Civitas: Madrid, 2002.

SALVADOR CODERCH, Pablo. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO (Editor) et. all. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1992.

SANCHÉZ AGESTA, Luis. *Historia del Constitucionalismo Español*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. “Sentencia de 28 de Mayo de 2002: Publicación en prensa de la imagen de una persona tomada en una playa nudista. Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 60, 2002, p. 1051-1066.

_____. “Sentencia de 17 de Marzo de 2004: Publicación en una revista de la imagen de una persona extraída a partir de un fotograma del programa televisivo en el que dicha persona había aparecido. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen: preeminencia del derecho a la libertad de información. Distinta posición de los directores y editores de las publicaciones por un lado, y de los impresores por otro, respecto de la eventual responsabilidad por intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de terceros” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 66, 2004, p. 1291-1308.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. A. “La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de datos de carácter personal: diez consideraciones en torno a su contenido” en *Revista de estudios políticos*, N° 111, 2001, p. 201-214.

SANT´ANNA BITELLI, Marcos Alberto. “O direito do Autor na Constituição Federal” in: *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal* (org.: Rui Geraldo Camargo Viana, Rosa Maria de Andrade Nery). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 81-157.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. “Direito de arena”, in: *Revista de direito privado*, v.6, n.22, p.226- 240, abr./jun., 2005.

SANTO, Marcelo do Espírito. “O direito de imagem e a pesquisa museal: construindo uma chave de acesso ao direito de personalidade” in: *Revista de direito privado*, v.6, n.21, p.165-174, jan./mar. 2005.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Libertad de expresión e Información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais” em *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Ingo Wolfgang SARLET (org.). Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2000 p.107-163.

SCHMITT, Rosane Heineck. “Direito à informação – liberdade de imprensa X direito à privacidade” em *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Ingo Wolfgang SARLET (org.). Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2000 p.211 - 242.

SEGURA ORTEGA, Manuel. “Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812”, Capítulo I de *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Francisco Puy Muñoz coord.), Santiago de Compostela, SPIC, 2002, p. 15-43.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana. “Sentencia de 2 de julio de 2004: Derecho a la propia imagen y a la intimidad: grabaciones videográficas efectuadas durante varios meses recogiendo la entrada a la vivienda de la demandante. No se aprecia vulneración de tales derechos” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 67, 2005, p. 423-432.

SEMPERE RODRÍGUEZ, Cesar. “Art. 18 – Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (dir. Oscar Alzaga Villaamil), Tomo II, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela. “Los derechos de los particulares en la nueva Ley de protección de datos de carácter personal” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 6, 2000, p. 1998-2014.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. “La Constitución y relaciones privadas concretas: derecho al honor” en *Constitución y relaciones privadas*, (dir. Xavier O’Callaghan Muñoz), Cuadernos de Derecho Judicial, XI, 2003, p. 79-95.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros: São Paulo, 2007.

____. “Influência, Coincidência e Divergência Constitucionais: Espanha/Brasil” en *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano* (coord. por Francisco Fernández Segado), 2003, p. 221-238.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. “A dignidade da pessoa humana: princípio fundamental de direito constitucional e de direito de família” in: *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*:

homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.107-120.

SILVA FILHO, Artur Marques da. “Noção e importância das limitações do direito de autor” *in: Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.25-40.

SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Fernando Cinci A.; RIBEIRO DO VALLE, Regina. “Direito Institucional: auto-regulação da internet” em *E-DICAS: O Direito na Sociedade da Informação*, Regina Ribeiro Do Valle (organizadora), São Paulo, Usina do Livro, 2005, p. 245-254.

SILVEIRA, Vivian de Melo. “O direito à própria imagem, suas violações e respectivas reparações”. *Revista Forense*, vol. 351, 2000, Julho-Agosto-Setembro, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 249.

SORIA, Carlos. “El Derecho de Rectificación (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 22 de diciembre de 1986)” em *Documentación de las ciencias de la información*, Nº 12, 1989, p. 27-40.

SOUTO DE MOURA, José. “Comunicação social e segredo de justiça hoje” em *Estudos de Direito da Comunicação*, António Pinto Monteiro (coord). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002, p.65-84.

- SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos a personalidade*. Barueri, SP: Manole, 2002.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. “Contornos atuais do direito à imagem” in: *Revista Forense*, v.99, n.367, p.45-68, maio/jun., 2003.
- STEINMETZ, Wilson. “Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela” em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, jan./jun., 2005, p. 205 e ss.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TARTUCE, Flávio. “Os direitos da personalidade no novo Código Civil”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7590>; Acesso em: 03 nov. 2006.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1989.
- TEPEDINO, Gustavo. “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro” em: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- TERREL, Joseph Robert. “O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem” in *Revista do Direito Trabalhista*, v. 9, nº 11, p. 17-21, Nov. 2003.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Códigos y Constituciones (1808-1978)*. Alianza Editorial, Madrid, 1989.
- _____. *Constitución: escritos de introducción histórica*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- TORRES, António Maria M. Pinheiro. *Acerca dos Direitos de Personalidade*. Editora Rei dos Livros: Lisboa, 2000.

TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Editora LTR, 1998.

TRABUCO, Cláudia. “Dos contratos relativos ao direito à imagem” em *O Direito*, ano 133, 2001, II - (Abril - Junho), director Inocêncio Galvão Telles. Editora Internacional: Quinta da Vitória, 2001, p. 389-459.

TUHR, Andreas Von. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*, (traducido directa del alemán por Tito Ravá; presentación de la edición por Celestino Pardo; prólogo por Tullio Ascarelli). Madrid [etc.] Marcial Pons, 1998.

UICICH, Rodolfo Daniel. *Los bancos de datos y el derecho a la intimidad*. AD-HOC: Buenos Aires, 1999.

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín PABLO. *Lecciones de derecho de la información*. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. “Los límites de las libertades de prensa y expresión en las democracias occidentales. Una perspectiva general y parcialmente comparada”. In www.personal.us.es/urias (10/01/2005).

VAMPRÉ, S. *Do nome civil*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1935.

VARELA, Alfredo. *Direito Constitucional Brasileiro (Reforma das Instituições Nacionais)*. Brasília: Senado Federal, 2002.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. “Reflexiones sobre un bicentenario – 1812-2012” en *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración – Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, José Alvarez Junco y Javier Moreno Luzón (eds.), CEPC, Madrid, 2006, p. 75-84.

- ____. “La Constitución española de 1837: una constitución transaccional” en *Revista de derecho político*, Nº 20, 1983-1984, p. 95-106.
- VARIOS. Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (1) *Derechos de autor y derecho conexos en los umbrales del año 2000*, vol. 1 y vol. 2, Madrid, 1991.
- VARIOS. Congreso Iberoamericano sobre Derecho de autor y Derechos Conexos (3o.) *110 años de protección internacional del Derecho de autor: Berna, 1886-Ginebra, 1996* (coordinación de la edición, Ricardo Antequera Parilli, Amalia L. Robella), Montevideo, 1997.
- VARIOS. *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos De Derecho Judicial, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- VASCONCELOS, A. Vital Ramos de. “Proteção constitucional ao sigilo” in: *Uma vida dedicada ao direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 13-33.
- VEGA VEGA, José Antonio. *Derecho de autor*. Editorial Tecnos S.A., 1990
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 2007, p. 1390-1402.
- ____. “Sentencia de 7 de Marzo de 2006: Objeto: Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, originada por la publicación de un fotomontaje. Concepto de caricatura y límites de la autorización legal” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 74, 2007, p. 629-642.
- VESSONI, Elaine Parpinelli Moreno. “A força normativa da Constituição, Konrad Hesse e a Essência da Constituição, Ferdinand Lassale” (comentários bibliográficos) em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, jan./jun., 2005, p. 360 e ss.

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

_____. “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 1, enero 2007, disponible en www.indret.com.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. “Algunos datos y observaciones acerca de la construcción civil de los derechos de la personalidad (derechos y libertades inherentes a la persona) en la actual etapa de desarrollo tecnológico” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Semblanzas, Derecho Civil, Parte General, Thomson Civitas, 2003, p.1073-1104.

VIEIRA, S. Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. “O cérebro e o direito à identidade sexual” in: *Consulex: revista jurídica*, v.10, n.219, p.13, fev., 2006.

VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed. Almedina: Coimbra, 2001.

_____. “Os direitos fundamentais nas relações entre particulares” em *Separata do Boletim do Ministério, n. 5, Gabinete de Documentação e Direito Comparado*, Lisboa: 1981.

VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. “Protección de la propia imagen” in: *Revista Interamericana de derecho intelectual*, vol. 2, nº 2, Julio/Diciembre 1979, p. 68-103.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*. JGPA, Oviedo, 1994

VIVAR FLORES, Alberto. “El liberalismo constitucional en la fundación del Imperio brasileño” en *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 6, 2005.
<http://hc.rediris.es/06/index.html>.

VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel. *Comentarios a la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*. Madrid: Civitas, 2001.

WARREN, S.; Brandeis, L. *El derecho a la intimidad*, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Madrid: Civitas, 1995.

WEFFORT, Francisco C. *Clássicos da Política*, vol.1 e 2, 10ª ed. São Paulo: Ática, 2005.

WHELING, Arno. “A ruptura e a continuidade no Estado Brasileiro, 1750-1850” en *História Constitucional*, nº 5, 2004.

ZOCO ZABALA, C. *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias*. J. M. BOSCH Editor, Barcelona, 2003.