

LA PROYECCIÓN Y ALCANCE DE LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO INHERENTE A LA PERSONA

**GRACE ANGÉLICA GONZÁLEZ MIRANDA
ANGELA MARÍA HIGUITA NARANJO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ D.C.
2013**

INTRODUCCIÓN

PARA DAR INICIO AL ESTUDIO QUE NOS ATAÑE, REALIZAREMOS COMO PRIMERA MEDIDA UNA BREVE INTRODUCCIÓN DE DOS TEMAS EN PARTICULAR. PRIMERO, RESPECTO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR, COMO CATEGORÍA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN SENTIDO ESTRICTO Y SEGUNDO, SOBRE LA NOCIÓN INMATERIAL DE “OBRA” COMO OBJETO DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE ESTE DERECHO.

SE RESALTARÁ IGUALMENTE, LA EXISTENCIA DE DOS TEORÍAS QUE RESUMEN LOS DIVERSOS PUNTOS DE VISTA QUE LA DOCTRINA HA ADOPTADO EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR, HACIENDO ESPECIAL ÉNFASIS EN LA INMATERIALIDAD DE SU MISMO OBJETO, ASÍ COMO SU CONTENIDO

PATRIMONIAL Y PERSONAL O MORAL, QUE PARECE SER EL PRINCIPAL OBSTÁCULO A LA HORA DE DEFINIR ESTA FIGURA JURÍDICA.

SIGUIENDO LA MISMA LÍNEA, POSTERIORMENTE CENTRAREMOS EL PRESENTE TRABAJO, EN RELACIÓN AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO LÍMITE NATURAL DEL EJERCICIO DE LA FACULTADES DERIVADAS DEL DERECHO DE AUTOR, ANALIZANDO TEMAS TALES COMO SU NORMATIVIDAD, PROTECCIÓN Y MARCO GENERAL.

FINALMENTE, ANALIZAREMOS CÓMO EL DERECHO COMPARADO CONCIBE EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU POSIBLE RECONOCIMIENTO EN EL MARCO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

CONTENIDO

Pág.

TITULO I	
DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL- DERECHO DE AUTOR	
CAPITULO I	
NATURALEZA JURÍDICA Y CATEGORÍAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	5
CAPITULO II	
OBJETO DE PROTECCIÓN; LA OBRA	7
TITULO II	
DERECHO A LA PROPIA IMAGEN	
CAPITULO I	
LA IMAGEN Y EL DERECHO DE AUTOR	10
CAPITULO II	
NORMATIVIDAD EN COLOMBIA FRENTE AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN	13
CAPITULO III	
TEORIAS FRENTE A LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IMAGEN	18
CAPÍTULO IV	
IMAGEN Y DERECHOS DE AUTOR.....	20
CAPITULO V	
LA IMAGEN EN LAS RELACIONES JURÍDICAS.....	28

**TITULO III
DERECHO COMPARADO; CONSIDERACIONES EN CUANTO
A EL CASO COLOMBIANO**

CAPITULO I RÉGIMEN JURÍDICO COMPARADO EN GENERAL.....	32
CONCLUSIONES	36
BIBLIOGRAFÍA	38

TITULO I DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL- DERECHO DE AUTOR

CAPITULO I NATURALEZA JURÍDICA Y CATEGORÍAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como primera medida, advertimos que se entiende por propiedad intelectual “*toda creación del intelecto humano*” que puede conllevar a una necesaria protección con el objeto de salvaguardar los intereses de los creadores mediante prerrogativas en relación con sus creaciones.

Cabe resaltar igualmente que la propiedad intelectual se encuentra directamente relacionada con la información o conocimientos que pueden plasmarse en objetos tangibles de los cuales puede efectuarse un número ilimitado de ejemplares.

A diferencia de la propiedad ordinaria, la propiedad intelectual está integrada por facultades tanto de índole moral como patrimoniales. El primero de estos atributos constituye el reconocimiento de conceptos tales como inédito, paternidad, integridad y arrepentimiento y el segundo, derechos patrimoniales como son reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

Entre las diversas teorías del Derecho Comparado, encontramos que la naturaleza jurídica del Derecho de Propiedad Intelectual se ha interpretado bajo ópticas monistas o dualistas. La primera posición teórica entiende la propiedad intelectual como un único derecho subjetivo. Dentro de este primer grupo existen autores que conciben la propiedad intelectual como un derecho de propiedad especial, que exalta facultades personales o morales, que lo configuran como un derecho de la personalidad o bien sea, como un único derecho pero con facultades heterogéneas de carácter personal y real.

De otra parte encontramos la teorías dualistas, que definen la propiedad intelectual como un derecho compuesto por dos derechos subjetivos; uno de tipo real equiparable al derecho de propiedad, cuyo contenido vendría determinado por las facultades patrimoniales que la Ley concede a los autores, y otro de tipo personal o moral, equiparable a los derechos de la personalidad, cuyo contenido estaría formado por las facultades morales. Cabe resaltar, que tanto las teorías monistas como las dualistas, han gozado de trascendencia en las legislaciones continentales de propiedad intelectual, así como en la doctrina y en la jurisprudencia.

La propiedad intelectual básicamente se divide en dos ramas: la propiedad industrial, que se refiere esencialmente a las invenciones (*patentes, diseños industriales, marcas, nombres y designaciones comerciales, indicaciones geográficas y esquemas de trazados de circuitos integrados*) y los derechos de autor que se aplican a las obras literarias y artísticas, sobre lo cual centraremos el estudio que nos atañe.

Bajo ese entendido, a su vez “*el derecho de autor es el conjunto de normas que establecen los derechos y deberes sobre las obras del espíritu correspondientes a quienes las hayan creado o sean sus titulares, sus límites y sus vicisitudes, sin olvidar los derechos y deberes de otras personas o entidades (...)*”¹, aplicable a las creaciones artísticas como son los libros, las obras musicales, pinturas, esculturas películas y obras realizadas por medios tecnológicos como programas informáticos y bases de datos electrónicas.

En ese sentido, la protección jurídica de las obras literarias mediante los derechos de autor, contempla específicamente la prohibición a agentes externos de utilizar sin la debida autorización de su autor, la forma de expresión de sus ideas, una vez estas empiezan a existir. Es decir, una vez su creador las expresa de una manera específica. Esto a diferencias de las invenciones, donde se protege la idea propiamente dicha.

Lo anterior indica que la concepción de originalidad y creatividad para el caso del derecho de autor se predica de la elección y disposición de las palabras, notas musicales colores y formas. ²

Destacamos igualmente, que desde el punto de vista de la protección del derecho de autor, se entiende por obra literaria y artística, “*toda obra original*”; cuya originalidad se predica de la forma de expresión de las ideas contenidas en la misma, más no de la originalidad de la idea como tal.

¹ ROGEL VIDE, Carlos- Manual de Derecho de Autor. Pág. 7

² OMPI- Organización Mundial de la Propiedad Intelctual, Principios básicos del derechos de autor y los derechos conexos. http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf

CAPITULO II OBJETO DE PROTECCIÓN; LA OBRA

El precepto de “**obra**” ha sido considerado el punto de partida en lo que respecta a la determinación de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, razón por la cual consideramos procedente analizar rápidamente este concepto

El artículo 2º del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias o artísticas establece claramente que: los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

Ahora bien desde un punto de vista menos taxativo y más doctrinal, encontramos dos conceptos complementarios que vale la pena destacar de manera independiente en lo que a la esencia de “*la obra*” se refiere; el denominado “**corpus mysticum**” que contempla la obra como objeto inmaterial y el “**corpus mechanicum**”, soporte material donde se fija la obra y que resulta fundamental en la difusión y explotación de la misma. Manifiesta al respecto el autor JUAN ANTONIO XIOL RÍOS³: “*Un cuadro no llega a existir si no queda plasmado en un lienzo o soporte similar. Una improvisación musical existe conforme tiene lugar, pero desaparece al mismo tiempo si no queda fijada o grabada en ese momento*”, sin embargo explica igualmente, “*(...) no puede identificarse esta con su soporte material o de cualquier otro tipo, aunque necesite del mismo para existir y/o para no desaparecer de inmediato (...)*”.

No obstante el anterior supuesto, consideramos que doctrinalmente se observa un mejor concepto de la denominación de “**obra**”, describiéndola como un bien inmaterial objeto de la protección esencial del derecho de autor, existente por sí sola, y susceptible de ser protegida jurídicamente y de manera independiente al

³ XIOL RÍOS, Juan Antonio, *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Madrid, España: Dykinson, 2011.

soporte físico o concreción material de la misma. Es decir, el derecho de autor encuentra su fundamento en la obra y no directamente sobre el soporte, sin desconocer la relevancia de este último.

Esa autonomía de la obra respecto a su soporte material, queda claramente reflejada cuando el mismo autor citado anteriormente manifiesta: *“que el adquirente del soporte no tendrá por este sólo título ningún derecho de explotación sobre la obra incorporada a aquél. Lo que no impide, por otra parte, que la destrucción de un óleo no implique la destrucción de la obra si previamente no se ha hecho alguna reproducción del mismo. Lo que no impide tampoco que para hacer esa reproducción y ejercer el derecho de autor sobre él haya que acceder lógicamente al óleo adquirido por quien no tiene en principio tal derecho, ni facultad alguna derivada del mismo. A la hora de embargar y subastar los negativos de unas películas u obras cinematográficas sólo quedarán comprendidos los derechos (de autor) de explotación de las mismas si el embargado es también titular de ellos (...)”*.

De otra lado, en lo que respecta a la característica de inmaterialidad que se predica de la obra, consideramos que no es obstáculo para que sea considerada sobre ella, la existencia en las regulaciones y normatividad vigente, de un derecho de propiedad, en el cual se reconoce para su titular un derecho de exclusiva sobre la misma, que le permite disfrutarla y explotarla, prohibir su utilización a cualquier otro sujeto o la posibilidad de autorizar a quien quiera y en los términos que quiera, para usarla.

Asimismo entre las características de la originación de la obra como objeto del derecho de autor, se entiende que es una creación original intelectual de un ser humano. *Es decir, (...) “no son obras las realizadas por un animal o por la naturaleza: las huellas de un animal, un fósil, un trozo de mineral, de una rama, tronco o raíz, una planta o animales disecados, el canto de los pájaros, el sonido de las aguas, del mar, del viento (...). Tampoco son obras las realizadas por una máquina: dibujos, música, traducciones realizadas por un ordenador. La protección corresponderá al programa de ordenador (y a su autor), puesto que es éste el que contiene todos los elementos determinantes de las mencionadas creaciones (...)”*⁴.

En conclusión, la obra es el objeto sobre el que la propiedad intelectual concede un poder de exclusiva a favor de su titular, inicialmente el autor. Es el objeto del derecho de autor y de ahí su importancia, que es doble. El

⁴ XIOL RÍOS, Juan Antonio, *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Madrid, España: Dykinson, 2011.

derecho nace sólo si hay obra y su alcance queda circunscrito al contenido de la misma. De ahí que el concepto de obra sea clave para la propiedad intelectual o derecho de autor.⁵

Igualmente, la característica principal de la protección de la obra, es que el titular de la misma será quien pueda utilizarla de forma exclusiva y de la manera que lo desee hacer, generándose un deber de abstención por parte de cualquier otro individuo, quien sólo podrá utilizarla con la debida autorización.

No obstante lo anterior, eso no quiere decir que el propietario pueda utilizarla ilimitadamente y sin consideración a otros derechos amparados por la Ley e intereses morales de otros integrantes de la sociedad.

Es allí donde precisamente se abre la puerta al tema objeto de nuestro estudio en esta oportunidad, respecto a la especial protección del derecho a la propia imagen, que puede llegar a limitar el ejercicio de las facultades otorgadas por el derecho de autor y la aplicación de los textos internacionales que integran el denominado bloque de constitucionalidad, en armonía con la Ley No. 65 de 2000 sobre Derecho de Autor, que consagra en su artículo 52 que toda persona tiene derecho a impedir, con las limitaciones que establece dicha Ley, que su busto o retrato se exhiba o exponga en el comercio sin su consentimiento expreso, o habiendo fallecido esta, de sus herederos o causahabientes (...)⁶.

Con esto, resaltamos que en parte, podría decirse, en principio, que la tutela jurídica a la propia imagen, se contrapone con el ejercicio de los Derechos de Autor en cuanto a la utilización de la imagen en la creación de una obra, sin embargo se analizará la forma en que podrían coexistir ambos derechos en desarrollo de la autonomía de la voluntad de los individuos.

Asimismo se analizará las diferentes concepciones alrededor del Derecho a la Propia Imagen, su protección constitucional, las excepciones frente a su utilización, la relación con los Derechos de Autor, las formas como se encuentra incorporado en el tráfico jurídico y la diferencia frente a la legislación de otros países.

⁵ XIOL Ríos, Juan Antonio, *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Madrid, España: Dykinson, 2011.

⁶ **Página Web-** http://www.adopi.org.do/index.php?option=com_content&view=article&id=71:notas-sobre-el-derecho-a-la-propia-imagen&catid=43:articulos-de-interes&Itemid=76

TITULO II DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

CAPITULO I LA IMAGEN Y EL DERECHO DE AUTOR

- IMAGEN

Para iniciar un análisis del derecho a la propia imagen, consideramos necesario, establecer como primera medida el significado, alcance y rol del concepto: **“IMAGEN”**.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la imagen viene del latín imago – inis y su primer significado es el referente a *“la figura, representación, semejanza y apariencia de algo”*, así mismo, al referirse al significado de imagen pública señala que *“son el conjunto de rasgos que caracterizan ante la sociedad a una persona o entidad”*.

De igual manera el Profesor MANUEL GITRAMA define a la imagen como la reproducción y la representación de la figura humana en forma visible y reconocible⁷. En Sentencia del Tribunal Supremo de España del 29 de marzo de 1988, se menciona que de acuerdo a la Ley Orgánica de este país, *“La imagen es la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y en tal sentido puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra desconocidos sujetos”*.⁸

Sin embargo el concepto merece una interpretación amplia, en la medida en que *prima facie*, la imagen correspondería a la figura o la representación exterior de la persona, pero este concepto no se debe agotar allí, puesto que en los tiempos actuales las personas se identifican por más aspectos, hay rasgos de la personalidad que los diferencia ante las demás personas, razón por la cual su concepto se debe enmarcar de manera amplia, como cualquier tipo de manifestación que permita su reconocibilidad. Aspectos que pueden incorporar la voz, los tics, el nombre, determinados defectos, etc., lo importante es que sean aspectos que permitan la identificación del individuo.

7. BLASCÓ GASCÓ, Francisco de P. Artículo: Algunas cuestiones del Derecho a la Propia Imagen. Universitat de Valencia 6 pp

8. *Ibidem*

- DERECHO A LA IMAGEN

Siguiendo bajo esta línea, se hace necesario determinar a qué hace referencia el Derecho a la Propia Imagen, en su sentido más amplio, y cuál es su importancia para que sea objeto de estudio.

Así la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 117/1994, de 25 de abril, señaló 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 igual sentido, la Sentencia del Tribunal Superior Español del 30 de enero de 1998 señaló que *“el concepto de imagen cabe extenderlo a otras representaciones de la persona (más allá de la figura o la apariencia física) que “faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas su reconocibilidad”*⁹.

En el Derecho Español, se ha definido el derecho a la imagen 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 dimensión pública”*¹⁰, en ese sentido se entiende que el derecho en principio consistiría en la libertad que tiene la persona de determinar y definir su apariencia ante la sociedad, de acuerdo a sus gustos, costumbres y cultura.

En ese sentido la doctrina ha señalado que este Derecho protege la esfera moral de las personas, en la medida, que además de garantizar la facultad de que defina libremente sobre su aspecto físico, el sujeto cuenta con la potestad de determinar la forma de su utilización y la finalidad con la que pueda usarse su imagen por terceros, que como se adujo, en principio, pero no restringido, haría referencia a la imagen corporal y física, por medio de la cual el sujeto se identifica e individualiza, convirtiéndose de esta manera en un derecho de configuración estética.¹¹

9 BLASCÓ GASCÓ, Francisco de P. Artículo: Algunas cuestiones del Derecho a la Propia Imagen. Universitat de Valencia 34 pp

10 *Ibidem*. 7 – 8 pp

11 BLASCÓ GASCÓ, Francisco de P. Artículo: Algunas cuestiones del Derecho a la Propia Imagen. Universitat de Valencia 7 – 8 pp

Bajo esta premisa, señala la Corte Constitucional en Sentencia T-349 de 2009, que la indebida representación externa de la imagen de un sujeto, tendrá su asiento necesario en la persona de la cual emana y por tanto su injusta apropiación, publicación, exposición reproducción y comercialización.

Lo anterior, se fundamenta en el hecho que nuestro legislador ha incorporada en el ordenamiento jurídico, el concepto de imagen, desde el ámbito del reconocimiento y protección de otros derechos fundamentales de la persona, tales como el honor y la intimidad. Decisión ésta, que no ha sido caprichosa, sino el resultado de las Declaraciones de Derechos Humanos que se han proclamado entre múltiples corolarios, premisas fundamentales, tales como son: *“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 y reputación y que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley con esas injerencias o ataques”*.¹²

Como lo enunciamos previamente, la facultad de impedir la utilización, fijación o exhibición de la imagen de una persona, encuentra su fundamento supraconstitucional en el artículo 52 de la Ley 65 del 2000, la cual considera el derecho a la propia imagen como una expresión del derecho exclusivo, innato e irrenunciable a difundir a su propia imagen, sin que ningún tercero puede realizarlo per se, sin el debido consentimiento.

En efecto, observamos que esto se debe básicamente a la consideración del derecho a la propia imagen, tiene doble connotación por una parte como Derecho Fundamental de contenido moral y extrapatrimonial, y por otra como un derecho de contenido patrimonial y pecuniario, de cual se puede ceder su explotación bajo ciertas condiciones.

Esta doble connotación, actualmente es adoptada como punto de partida a nivel mundial, para determinar que los derechos patrimoniales y morales que se deslindan del derecho a la propia imagen, no son otra cosa, que una variante de la propiedad artística, a nivel de objeto de protección “la obra”.

Ahora bien, este escenario, nos permite entrever el contenido sensible de este derecho alrededor del tema de la explotación del mismo (contenido patrimonial), el cual es visto igualmente a nivel mundial como “la prohibición para la fijación, reproducción, o exposición de la imagen de una persona, sin que está expresamente lo autorice, con determinación específica del uso inicialmente aprobado”.

¹² Numerales 2 y 3 Art. 11 Convención Interamericana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 o Pacto de San José, ratificado por Colombia el 25 de Noviembre de 1977

En ese sentido, citamos dos referencias trascendentales en el escenario Internacional; por un lado, la Primera Cámara de la Corte de Apelación de París- Sentencia del 5 de diciembre de 1988, donde se determinó que el consentimiento para explotar la imagen de una persona debe otorgarse en todos los casos de manera clara y expresa para que no dé lugar a interpretaciones que en este ámbito no son permitidas. Es decir, debe excluirse de toda presunción pretendida, las circunstancias que rodean la obtención de autorización para reproducción de la imagen. A su vez, la Corte de Apelación de París en Sentencia del 14 de mayo de 1995, determinó que *“toda persona tiene sobre su imagen y sobre su utilización un derecho exclusivo y puede oponerse a su difusión sin autorización, por lo que aquel que publica una imagen debe justificar una autorización.”*¹³

Otro punto fundamental en materia del derecho a la imagen, versa sobre las clases de comercio y negociaciones que se generan en torno a la misma. Es decir, lo relacionado al aspecto positivo del derecho, que implica la posibilidad que tenemos los seres humanos de captar, reproducir, y publicar nuestra propia imagen en las circunstancias y modo que queramos, o permitir a cualquier persona que capte, reproduzca o publique la misma.

Para mayor ilustración observamos el caso de las fotografías, pinturas y esculturas; todas estas obras mediante las cuales cualquier fotógrafo, pintor o escultor, tiene la posibilidad de captar imágenes de cualquier persona en general, o en un caso de mayor particularidad de actores, modelos profesionales o una persona pública.

CAPITULO II

NORMATIVIDAD EN COLOMBIA FRENTE AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Como se ha venido dilucidando de las anteriores afirmaciones, el Derecho a la Propia Imagen se encuentra incorporado dentro de los derechos personalísimos de los que goza toda persona, por encontrarse íntimamente ligados a ella, desde su nacimiento y durante toda su vida, sin los cuales no podría existir, por tal razón su protección y respeto son garantizados al interior del ordenamiento jurídico. No obstante en nuestra Constitución Política no hay una mención expresa sobre su protección, sin embargo, en una primera revisión,

¹³ **Página Web-** http://www.adopi.org.do/index.php?option=com_content&view=article&id=71:notas-sobre-el-derecho-a-la-propia-imagen&catid=43:articulos-de-interes&Itemid=76

se deduce que existe una relación profunda con otros Derechos Fundamentales que de manera implícita aseguran su protección.

Así, el artículo 14¹⁴ de la Constitución Política, implícitamente consagra el derecho a la propia imagen como un Derecho Fundamental, al establecer que toda persona tiene derecho a su personalidad jurídica, puesto que de conformidad con lo interpretado por la doctrina y la jurisprudencia, esta disposición no se reduce a la capacidad de toda persona de ingresar al tráfico jurídico, para ser titular de derechos y obligaciones, sino que más allá de ello, constituye el reconocimiento de atributos adicionales que poseen los seres humanos por el hecho de existir, a través de los cuales expresa su individualidad e identidad y que constituyen la esencia de su personalidad jurídica.¹⁵ En consecuencia es *“una cláusula general de protección de todos los atributos y derechos que emanan directamente de la persona y sin los cuáles ésta no podría jurídicamente estructurarse”*.¹⁶

A partir del análisis del artículo anterior, se enmarca la protección del derecho a la propia imagen, como derecho personalísimo, el cual se encuentra en cabeza de cada persona, quien a través de su ejercicio se auto determina, por ser aquella representación externa del sujeto que lo identifica, más que cualquier otra característica y que enmarca su individualidad, lo cual genera en el desarrollo de su existir el ejercicio de otros derechos fundamentales que se encuentran íntimamente ligados y que a su vez gozan de la tutela del Estado.¹⁷

Así, la Corte Constitucional ha señalado que *“no podría hablarse de pleno reconocimiento de la personalidad jurídica, si la identificación de la persona se limitase a considerar su sexo, edad, estado o filiación, dejando de lado las vulneraciones y alteraciones deliberadas o culposas que injustamente afecten la identidad cultural derivada de los hechos y circunstancias claramente conocidos en el ambiente social en el que se desenvuelve la persona. El reconocimiento carecería de sentido, sino aparejara también su ejercicio legítimo, máxime si se toma en consideración el aspecto dinámico consustancial al obrar como persona. La consecuencia de hacer uso de la personalidad jurídica, a través de múltiples actos en los que se patentiza la libertad del sujeto, trasciende en el plano individual y social mediante la adquisición y abandono de hábitos, connotaciones,*

14 Artículo 14 Constitución Política de Colombia. *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*.

15 Sentencia C-109 de 15 de marzo de 1995, MP. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

16 Sentencia T-408 de 1998, MP, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

17 Sentencia T-439/09, de 07 de julio de 2009, MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, citando sentencia T-471 de 6 de julio de 1999, MP. Doctor José Gregorio Hernández.

*atributos, virtudes y demás elementos que contribuyen a configurar la personalidad única e insustituible de que goza el individuo y que como tal es merecedora de respeto por los demás”.*¹⁸

De esta manera, desconocer los elementos que identifican a los individuos y que configuran su personalidad, así como la ejecución de actos por parte de terceros que exhiban las características de la persona, sin un consentimiento previo, implica, la violación de su Dignidad.

De acuerdo a lo expuesto, el ejercicio del Derecho a la Propia Imagen podría encontrarse dentro del ejercicio del Derecho al libre desarrollo de la personalidad que consagra la Carta Política en su artículo 16, y coexistir en el ejercicio de otros derechos tales como la intimidad personal y familiar, el buen nombre y el derecho a la honra, que como derechos fundamentales que son, no son absolutos y limitan con los derechos de los demás y el orden jurídico¹⁹.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que *"la imagen o representación externa del sujeto tiene su asiento necesario en la persona de la cual emana y, por tanto, su injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, afecta lo que en estricto rigor constituye un derecho o bien personalísimo"*²⁰. Así mismo ha señalado que *"una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que la identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación de terceros, por lo cual, con las limitaciones legítimas deducibles de las exigencias de la sociabilidad humana, la búsqueda del conocimiento y demás intereses públicos superiores, toda persona tiene derecho a su propia imagen, de donde resulta que sin su consentimiento, ésta no pueda ser injustamente apropiada, publicada, expuesta, reproducida o comercializada por otro"*²¹.

Como se infiere de lo anteriormente expuesto, es un derecho que está dentro de la órbita exclusiva de cada persona, sólo ella cuenta con su disposición autónoma, porque ni la sociedad ni el Estado podrá hacerlo, por

18 Sentencia T 090 del 6 de marzo de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

19 Sentencia T-439/09, de 07 de julio de 2009, MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, citando sentencia T-471 de 6 de julio de 1999, MP. Doctor José Gregorio Hernández.

20 Sentencia T-439/09, de 07 de julio de 2009, MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, citando sentencia T-090 del 6 de marzo de 1996. M.P.. Eduardo Cifuentes Muñoz.

21 Sentencia T-439/09, de 07 de julio de 2009, MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, citando Sentencia T-471 de 6 de julio de 1999, MP. Doctor José Gregorio Hernández.

ende en caso de ser vulnerado su ejercicio, implicaría una afectación clara sobre sus derechos fundamentales y su integridad moral, que solo podría ser reivindicado mediante la tutela por parte del Estado.

Como se puede observar, el ejercicio del derecho a la dignidad, a la intimidad y al honor se encuentran profundamente relacionados con el derecho a la propia imagen, aunque cada uno tiene una protección legal independiente y debe aclararse que no necesariamente deben converger en una misma situación para ser objeto de protección por parte del Estado, puesto que cada uno de ellos es determinante dentro de la esfera global de la persona por el simple hecho de su existencia.

Además, es importante señalar que el Derecho a la Propia Imagen es autónomo, puesto que su protección no requiere del ejercicio de otros derechos para gozar de la tutela por parte del Estado, toda vez que como se adujo anteriormente la simple existencia de la persona conlleva a su expresión y en consecuencia a determinar los rasgos característicos de su impronta que hacen parte de su diferenciación, autodeterminación e individualidad dentro de la sociedad.

Así las cosas, se puede afirmar que el Derecho a la Propia Imagen se encuentra dentro del marco de la esfera moral de las personas, en ese sentido su protección consiste en evitar conductas que puedan atentar contra la dignidad de la persona o transgresiones de cualquier tipo que vayan en contra de la autonomía de disposición con la que cuenta el titular de la imagen. En ese sentido se debe resaltar que la protección no se extiende hacia los derechos patrimoniales que pueden generarse por la explotación de la imagen comercial, puesto que por tratarse de derechos fundamentales su alcance se encuentra delimitado en conservar la integridad de la persona en el desarrollo de su existencia.

En consecuencia, en el ejercicio del Derecho, el Estado garantiza que no va a realizar la captación, reproducción o publicación de la imagen por parte de un tercero no autorizado, sin importar cuál sea la finalidad perseguida o si se genera o no algún tipo de perjuicio.

Así las cosas, el Derecho a la Propia Imagen, como Derecho Fundamental que es, cuenta con un mecanismo de protección de rango constitucional, como es la acción de tutela, Tal protección, según la Corte Constitucional es la más amplia y comprensiva, dado que no obstante su carácter subsidiario, no se ve desplazada por otros medios de defensa judicial, particularmente el instrumento penal, cuando una

determinada conducta que no alcanza a ser delictuosa, sí implique una lesión de los bienes jurídicos protegidos. ²²

Como podemos observar de lo consagrado por nuestra Constitución Política y de las interpretaciones que alrededor del Derecho a la Propia Imagen se han hecho por la jurisprudencia colombiana, como derecho subjetivo del que goza toda persona, tiene dos facetas: Una positiva, que consiste en la facultad de “*captar, difundir, imprimir, publicar nuestra imagen con fines personales (...)*”²³, así como realizar la explotación de nuestra propia imagen con el fin de obtener algún provecho de carácter económico.

Otra negativa, que consiste, en la facultad que tiene el titular de su propia imagen de impedir la captación, difusión impresión o publicación por parte de terceros, sin que medie consentimiento.²⁴

DERECHOS DE AUTOR

Por otra parte la Ley 23 de 1982 que regula lo atinente a derechos de autor y conexos, dispone en su artículo 87 que “*Toda persona tiene derecho a impedir, con las limitaciones que se establecen en el artículo 36 de la presente Ley, que su busto o retrato se exhiba o exponga en el comercio sin su consentimiento expreso (...) La persona que haya dado su consentimiento podrá revocarlo con la correspondiente indemnización de perjuicios*”, las limitaciones contempladas en el artículo 36 se tratarán más adelante.

De lo dispuesto por la norma se afianza el carácter prohibitivo, puesto que de manera clara establece que los individuos no pueden realizar la difusión, exhibición o exposición de la imagen de terceros de manera arbitraria y sin consentimiento del titular, de hacerlo este tiene el derecho de impedirlo. Sin embargo la mención hace referencia a la indemnización de perjuicios que conllevaría la infracción de tal disposición y no señala las transgresiones de carácter moral o extrapatrimonial que se podrían generar.

Lo anterior nos lleva necesariamente a interpretar que el objeto de protección de las normas analizadas es diferente, puesto que uno se refiere al carácter netamente moral de persona, que transgrede su dignidad e integralidad; mientras que la protección aducida por la Ley de Derecho de Autor y conexos es referente al carácter patrimonial que la transgresión de la disposición implica.

22. Sentencia T 405 del 24 de mayo del 2007, MP Jaime Córdoba Triviño

23. Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial. Derechos Intelectuales. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2007. 120 pp.

24. *Ibidem*.

De igual manera se evidencia que el Derecho a la Propia Imagen no hace parte de la protección de los derechos de Autor, y en ese sentido el artículo 87 de la ley 23 de 1982, hace referencia a la exhibición que en estricto sentido se haga de la imagen en el momento de captarla, lo cual significa que no hay violación de la disposición por el hecho de captar la imagen, y solo se materializa en el momento en que se exterioriza.

En consecuencia su protección se encuentra delimitada a la exhibición que se haga de la imagen del titular, mientras que la protección del Derecho a la Propia Imagen consagra constitucionalmente y jurisprudencialmente que no es necesaria su materialización para garantizar la protección del derecho, puesto que solo con su apropiación se activan los mecanismos del Estado para evitar la posible transgresión a los Derechos Fundamentales.

CAPITULO III TEORIAS FRENTE A LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IMAGEN²⁵

Como se expuso el reconocimiento al Derecho a la Propia Imagen no está explícito dentro del marco jurídico colombiano y por este hecho se percibe que la sociedad no es consciente de su importancia y de su ejercicio, razón por la cual al ser vulnerado se acude a la tutela de los otros Derechos Fundamentales que están ligados y que gozan de protección explícita y mayor publicidad.

Sin embargo el Derecho a la Propia Imagen es materia de protección constitucional expresa en otros países y se ha desarrollado todo un despliegue normativo alrededor de él, en consecuencia se han encontrado diferentes teorías frente a su desarrollo y alcance de tutela por parte del Estado.

La primera teoría hacía referencia a la imagen como manifestación del cuerpo, en consecuencia su protección se realizaba por el hecho que cada individuo tenía derecho sobre su propio cuerpo como representación de su imagen.

La segunda teoría fue “materialista”, consagraba la propia imagen como un derecho autónomo y personalísimo que ya no hacía referencia al cuerpo en sí, sino a la proyección de la personalidad a través de su figura exterior, de sus rasgos físicos.

25. CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2008. 543 pp.

En la tercera teoría existían autores que se oponían a la existencia del Derecho a la imagen, porque no se podía prohibir a terceros la impresión en su mente de la imagen de las personas, ni la exteriorización de ella.

La cuarta teoría mitigó el pensamiento radical de la anterior, puesto que la imagen de la persona sólo estaría protegida en los casos en que se afectara el honor, mientras este no se afectará, la publicación, exposición o reproducción de la imagen sería perfectamente lícita. Adicionalmente hubo una evolución en su noción, puesto que a diferencia de las anteriores, esta teoría señalaba que la vulneración a la que podía estar expuesta la persona, podía ser de carácter moral y no sólo penal.

La quinta teoría confundía la protección a la imagen con la protección a la intimidad “right of privacy”, en este caso carecía de total autonomía el derecho a la imagen, pues siempre coexistía con el derecho a la intimidad, esta teoría fue adoptada principalmente por los franceses y la doctrina anglosajona, pero en concepto del catedrático BLASCO GASCÓ, esta teoría no tenía asidero porque se contraponían los dos derechos, teniendo en cuenta que lo más alejado de la intimidad de las personas es la imagen, puesto que esta corresponde a la exteriorización, manifestación y reconocibilidad, y no a una serie de hechos o acontecimientos de los cuales sólo conoce una persona o un conjunto determinado de personas, sino la sociedad en general.

La sexta teoría se encuentra ligada con el derecho de Propiedad, en donde la imagen era parte del patrimonio de la persona y hasta que no se reprodujera de alguna forma o por algún medio, no era titular del derecho y la protección sobre él consistía en la abstención que debían tener los demás sobre la imagen reproducida.²⁶ Por ejemplo en el derecho Italiano la imagen solo quedaría protegida si se publicaba o reproducía, pero no, si se captaba, aún sin consentimiento, sin importar si había algún tipo de perjuicio para el titular.²⁷

La séptima teoría de la “identidad personal” afirma que la imagen es parte de los derechos personalísimos, es por medio de la cual la persona se individualiza y se autodetermina, por tal razón, puede oponerse ante la divulgación que otro haga de ella, la cual no se limita al aspecto visual, puesto que comprende la proyección sonora y radiodifusión de gestos y expresiones dinámicas.²⁸ En desarrollo de esta teoría se configuró en principio una confusión entre la imagen y la identidad personal, puesto que a través de una puede afectarse la

²⁶ CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2008. 546 pp.

²⁷ BLASCO GASCÓ, Francisco de P. Artículo: *Algunas cuestiones del Derecho a la Propia Imagen*. Universitat de Valencia 5 pp

²⁸ *Ibidem* 546 pp.

otra, sin embargo, se aclaró que en aquellos momentos en que hay un aprovechamiento para falsear, alterar o usurpar la imagen, hay violación frente a la identidad del sujeto, pero si bien no se llega a tal hecho, si no a la simple disposición de la imagen sin consentimiento de la persona, habría una violación clara al derecho a la imagen sin que se ejerza violación a la identidad.

De igual manera esta teoría contempla la protección de objetos inanimados y la forma de comportamiento que transmite cada persona a través de su representación física, toda vez que pueden asociarse a la imagen de una persona por ser elementos que caracterizan su apariencia.²⁹

Adicionalmente lo reconoce como autónomo y expresable a través de diferentes manifestaciones formales y sensibles del individuo las cuales son de ejercicio exclusivo de cada sujeto, cuya vulneración subsiste sin necesidad de alegar la concurrencia de otros derechos.

Como se puede observar esta teoría establece la forma como jurídicamente se protege en los tiempos de hoy la imagen, pues no sólo se limita a su exteriorización visual si no que la complementa con todos aquellos gestos, sonidos, expresiones, particularidades, que se exteriorizan desde que cada persona nace o que va adquiriendo en su existencia y la particulariza frente a los demás.

CAPÍTULO IV IMAGEN Y DERECHOS DE AUTOR³⁰

Una vez revisada su consagración normativa y el desarrollo de su noción en su sentido más amplio, es pertinente distinguir la Imagen de la obra, que son el objeto de protección de los derechos.

De acuerdo a lo señalado anteriormente la imagen hace parte de la integridad persona, coexiste con ella, la identifica y la diferencia, está ligada con su desarrollo personal, mientras que la obra, de conformidad con la Decisión Andina, es toda creación intelectual de obras artísticas, científicas o literarias, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, en consecuencia los Derechos de Autor y la Propia Imagen propenden por la protección de las personas titulares de imagen y de las obras.

²⁹ Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial. Derechos Intelectuales. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2007. 125 – 126 pp.

³⁰ CIFUENTES, Santos. Derechos Personalísimos. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2008. 569 - 582 pp.

No obstante por ser la imagen la identificación y autodeterminación de cada persona, su titular es el único que tiene la facultad exclusiva de disposición sobre ella y en desarrollo de tal facultad, y de la órbita de la autonomía de su voluntad podrá otorgar su consentimiento para que un tercero divulgue, reproduzca, explote, retrate o exponga su imagen, caso en el cual podríamos estar frente a una creación intelectual que estaría protegida por el Derecho de Autor.

Así las cosas es evidente que *prima facie* no hay relación alguna entre estos dos conceptos, puesto que por una parte se encuentra el Derecho a la Propia Imagen, de rango constitucional, como se ha explicado que tiene una protección *ex ante*; y por otra los Derechos de Autor que están protegidos civilmente, frente a las posibles transgresiones que pueda haber frente a las creaciones intelectuales, y que en lo atinente a la imagen contempla una protección *ex post*.

No obstante estos dos derechos pueden converger en un mismo momento al otorgar, por parte del titular, autorización para la explotación de su imagen, y a su vez el autor realizar una obra a partir de ella, momento en el cual surgiría el derecho de explotación económica sobre la obra realizada, de conformidad a las leyes que protegen el derecho de autor.

De esta manera el Profesor Español Blasco Gascó, señala que el Derecho a la Propia Imagen y el Derecho de Autor, corresponden a derechos distintos y en ese sentido el derecho a la imagen pertenece a la persona fotografiada o retratada, o en general, a aquella cuya imagen se capte; y los derechos de propiedad intelectual pertenece al autor de obra. En ese sentido ninguno ostenta facultades sobre el otro, es decir, el retratado, por ejemplo, por el hecho de ser la imagen, no adquiere derechos de autor sobre la obra, y en ese sentido el autor de la obra no puede explotar indiscriminadamente la imagen, en atención lo que se haya pactado con el titular de la imagen³¹.

Sin embargo se debe aclarar que de acuerdo a la forma como se haya condicionado la explotación y comercialización de la obra, el derecho a la propia imagen podría condicionar y modalizar el ejercicio de los Derechos de Autor, puesto que de no quedar claras las condiciones frente a su explotación, podrían generarse extralimitaciones que llevarían a afectación de los derechos del titular de la imagen.

31. BLASCÓ GASCÓ, Francisco de P. Artículo: Algunas cuestiones del Derecho a la Propia Imagen. Universitat de Valencia 5 pp

De esta manera el titular de la imagen puede poner las condiciones que considere necesarias, frente al autor de la obra, con el fin de limitar la explotación de la imagen. Así mismo el autor, con el fin de evitar mayores limitaciones frente a la comercialización y difusión de su obra deberá cumplir con las condiciones convenidas en un principio, no desviar los fines previstos inicialmente en la relación contractual y no ejercer actos que atenten contra su integridad moral.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado en relación con la jurisdicción competente para la protección del Derecho a la Propia Imagen y los Derechos de Autor que *"Por regla general, el tema relativo a los derechos de autor debe resolverse por la vía ordinaria, al menos en lo referente a los aspectos puramente económicos de la relación jurídica que se establece. Eso significa que, en principio, no es la acción de tutela el mecanismo indicado para formular reclamaciones a los editores por la publicación inconsulta de obras provenientes de la actividad intelectual, o por el desconocimiento de los derechos patrimoniales que corresponden al autor en los términos de la normatividad vigente (...)"*³².

No obstante lo anterior, existen situaciones en las que no es necesario el consentimiento del titular de la imagen para realizar actos que impliquen su captación reproducción o difusión sobre ella, como a continuación se observa.

Excepciones frente a la vulneración al Derecho a la Propia Imagen:

Identificación: Para que exista violación frente al derecho a la propia imagen, por parte de un tercero, es necesario que la fijación que se haga de ella, sea reconocible, es decir, a través de ella se debe identificar de manera clara la imagen del individuo a quien corresponde en su sentido amplio y no sólo frente a su representación física, sino frente a todos aquellos detalles que lo particularizan, para poder ser viable solicitar la tutela frente a la vulneración al derecho.

El consentimiento: mientras exista, en principio no se verá vulnerado el derecho a la propia imagen y si se trata de contratos de carácter oneroso las condiciones frente a su utilización deben precisarse de manera clara y determinada, lo cual implica que la disposición que pueda realizar un tercero sobre la imagen es

32 . T-409 del 11 de agosto de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

parcial y limitada, pero en ningún caso su titular, se despoja de manera permanente de los derechos que tiene sobre ella.

El tercero que realiza la explotación de la imagen debe hacerlo bajo unas condiciones previamente determinadas, restrictivas, que bajo ninguna circunstancia puede extralimitar porque agotaría la órbita del consentimiento otorgado por el titular y generaría violación frente al uso al que estaba autorizado, ya no por falta de consentimiento sino por sobrepasar las condiciones pactadas o por realizarlo con una finalidad distinta a la inicialmente pactada. Por tal razón “(...) *el consentimiento debe ser interpretado de manera restrictiva; debe especificarse claramente la finalidad, plazos, medios de difusión, ámbito de aplicación y territorio para el que se consienta su utilización*”.³³

Si bien la interpretación que se realice sobre el consentimiento prestado por él titular debe hacerse de manera restrictiva, también es importante establecer que pueden existir actos inequívocos del individuo, que permitan establecer los casos en que hay consentimiento tácito, tales como la aceptación de remuneración por el uso de la imagen o posar para ser fotografiado.³⁴

Así mismo, es posible revocar la autorización concedida para la utilización de la imagen, en cualquier momento, si se realiza en virtud del incumplimiento de la relación contractual habrá lugar a la reparación de daños y perjuicios por el titular de la imagen, a menos que tal decisión sea generada por utilización distorsionada del consentimiento concedido que atente contra la integridad de la persona.

Hechos y acontecimientos de carácter público: en los que la persona aparece de manera accesoria y no principal dentro de tal acto, existe un interés general y un bien común que prevalece sobre la protección a la propia imagen en consonancia con las necesidades de la sociedad, lo cual puede indicar que existe un consentimiento tácito para que su imagen sea utilizada, por participar en tal evento, en el cual se asume que conoce las consecuencias de tal participación, siempre y cuando no se vea, en ningún momento, vulnerada su integridad como persona por la exposición que se haga de su imagen.

³³ Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial. Derechos Intelectuales. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2007. 132 pp.

³⁴ Ibidem.

Sin embargo es pertinente aclarar que la presunción del consentimiento tácito, debe ser provocada por un hecho de interés general y público, más no un hecho casual, por ejemplo, transitar accidentalmente por donde hay un conglomerado de gente, puesto que el derecho de convivir en sociedad, hace parte del desarrollo de la personalidad dentro de su existencia, y no puede ser excusa desproteger el derecho a la propia imagen, si por simple casualidad el individuo se expone cuando se encuentra reunido en un mismo lugar con varias personas.³⁵

Así mismo es importante conocer que la sola circunstancia que se haya obtenido o captado la imagen de una persona en un lugar público, no autoriza la explotación comercial de la misma para terceros, entendiéndose por explotación comercial, la acción de circular o difundir la imagen, caso en el cual habrá que revisar el caso en concreto, puesto que de no considerarse un acto de carácter público, realizar esta acción sin el consentimiento de la persona, constituye a nivel de protección, un atentado contra derechos morales de tinte personalísimos, como los que ya hemos visto (intimidad y honra) y patrimoniales (reproducción indebida).

Fines científicos, didácticos y en general culturales: Prevalece el interés general sobre la imagen, por existir un bien jurídico superior, que aunque bien es una excepción frente a la autorización que debe otorgar el titular de la imagen, el uso que de ella se haga debe ser dentro del margen de respeto de los derechos inherentes a la persona y por tal no puede verse vulnerada su integridad.

Así mismo la Corte Constitucional estableció frente a los servidores públicos que por ser personas susceptibles de opinión pública y tratar problemas que interesan a la sociedad en general, no puede aducir que su imagen ha sido vulnerada por las críticas que reciben al tratar temas de interés general, a menos de que se traten aspectos de la vida íntima, porque ejercen una imagen pública, que consagra ciertos sacrificios por el ejercicio de su cargo político³⁶

35 CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2008. 572 pp.

36 Sentencia T-322, de 23 de julio de 1996, MP. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, "Si las referencias que se hacen a un importante servidor público o a una personalidad que es susceptible de ser sujeto de opinión pública, guardan relación con un problema que interesa a todos, como es el de la paz y que era el tema del orden del día para controvertir en las Cámaras, no puede invocarse de manera generalizada por quien es mencionado en la crítica, que su intimidad, su honra y su imagen le sirven de escudo; por supuesto que si se traen a colación aspectos de la vida íntima que no vienen al caso, si la burla grosera supera a la ironía, entonces, ahí si no puede ubicarse el debate parlamentario en una esfera intocable. Caben en estas últimas situaciones los controles político, reglamentario, disciplinario, de tutela y aún penal."

(...)

"Tratándose del derecho a la imagen, en personas con proyección pública, si en un debate parlamentario se resaltan o aún se exageran las facetas que hacen de ese hombre público la personificación de una idea, no se ve la violación al derecho fundamental de la imagen. Esa imagen política está dentro del ámbito político y si lo que se pone en tela de juicio está en relación con esos actos públicos, ya más que de imagen lo que se trata es de actividad política"

En el mismo sentido la Corte Constitucional ha señalado que *“quienes por especiales razones, políticas, artísticas, deportivas, científicas, etc., tienen una vida privada que trasciende al público. Es decir, quienes por razón de la proyección de su imagen en la sociedad, tienen que correlativamente admitir el costo de una intromisión en su vida privada. Se debe dilucidar hasta dónde puede llegar esa invasión en el ámbito de la privacidad”*. En Ese sentido *“(…) si en las críticas o reconocimientos que se le hacen al ejercicio de sus funciones, se tocan temas que son de interés público, no cabe la menor duda de que al subir de tono el debate pueden lanzarse opiniones que molesten al servidor público. Otra cosa muy diferente sería que sin venir al caso y solamente con el propósito de violentar a la persona se profieran agravios en cuyo caso la extralimitación escapa a la inviolabilidad porque se podría producir un abuso del derecho”* (…)³⁷

Por tal razón se debe delimitar qué aspectos conciernen al interés general, que generarían trascender el Derecho a la Propia Imagen del que goza la persona, por su calidad de personaje público, puesto que el ejercicio de sus funciones genera el riesgo de estar en la mira de la sociedad en general y en ese sentido hay una vigilancia permanente.

En este mismo ámbito, las personalidades públicas, se reservan el derecho exclusivo a explotar comercialmente su imagen. “En derecho anglosajón se denomina *right of publicity*, el cual ha sido desarrollado para proteger el interés comercial de las celebridades en sus identidades. El sentido de este derecho es que la identidad de la celebridad puede ser valorada en la promoción de productos, y ella tiene interés en que sea protegida contra su explotación comercial no autorizada.”³⁸

Ahora bien, en materia de personajes públicos y noticias de interés general, encontramos en tema de gran relevancia en torno a un agente externo denominado: medios de comunicación y su responsabilidad social y a ¿qué papel juega en este escenario la excepción del artículo 36 de la Ley 65 del 2000? Lo analizaremos a continuación.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ *Página Web*- http://www.adopi.org.do/index.php?option=com_content&view=article&id=71:notas-sobre-el-derecho-a-la-propia-imagen&catid=43:articulos-de-interes&Itemid=76

El derecho a la información y el derecho a la propia imagen:

Señala la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia T-439 de 2009 que *“el derecho a informar suele estar en juego con el derecho a la propia imagen, entendido este como el derecho de toda persona al manejo de la misma y a la necesidad de su consentimiento para su utilización”*.

Señala el autor ELKER BUITRAGO LÓPEZ que la libertad de prensa es una de las causas más poderosas de la difusión del saber. Sin embargo, en Colombia esa libertad no es absoluta, ya que implica una responsabilidad social respecto a la veracidad e imparcialidad de la información y noticias publicadas.

La protección a la propia imagen, junto con la intimidad y el honor, hacen parte de los llamados derechos personalísimos y se entiende que en un término que toca el otro, cuando se considera como una facultad elemental para la personas impedir que características externas que conforman su fisonomía o que la identifican, sean libre objeto de disposición y manipulación por parte de terceros que puedan disponer de la apariencia y privacidad de una persona, autorizando su captación y distribución ilegítimamente.

La Sentencia T-439 de 2009 señala igualmente, que *“la responsabilidad social de los medios de comunicación persigue que su comportamiento, en cuanto al manejo, procesamiento y divulgación de la información, garantice el ejercicio pleno de los derechos fundamentales del receptor de la información, y de los sujetos de la misma. Se trata, por lo tanto, de la coexistencia entre sus derechos: el de informar, de recibir información y el del respeto a la intimidad, la honra, el buen nombre y la dignidad de la persona sobre quien se informa. Por consiguiente, como los derechos a informar, a recibir información y la libertad de opinión no son absolutos, en cuanto admiten restricciones, la labor del juez constitucional en cada caso consiste en evaluar si la limitación es admisible y cuál resulta ilegítima. Y para ello será indispensable verificar si los derechos fundamentales de las personas resultan vulnerados por la información.”*³⁹

“La protección de la propia imagen, junto con la de la intimidad y el honor, hacen parte de los llamados derechos personalísimos. Estos poseen autonomía propia, lo cual no significa que en ciertas situaciones no pueda verse menoscabados por medio de la violación del derecho de cada individuo a su imagen, que comprende la facultad de disponer de su apariencia y de su privacidad, autorizando o no su captación y su

39 Página Web- http://www.adopi.org.do/index.php?option=com_content&view=article&id=71:notas-sobre-el-derecho-a-la-propia-imagen&catid=43:articulos-de-interes&Itemid=76

difusión. Todos los habitantes del territorio nacional tienen la libertad de publicar sus ideas sin censura previa; no obstante, esta libertad está limitada por la Constitución y las leyes que reglamentan su ejercicio. Ahora, si bien no puede restringirse la libertad de prensa, y tampoco puede someterse la difusión de ideas o informaciones a censura previa, sí puede el juez constitucional impedir la violación de los derechos al buen nombre y a la honra de la persona, ya sea por la prensa, por la televisión o por cualquier otro medio, como acto abusivo que no puede ser objeto de garantía constitucional. Cuando se prohíbe e impide la publicación o difusión de informaciones, noticias o imágenes que afectan la intimidad de la vida privada de la persona o de su buen nombre, no se está censurando una publicación o información que puede eventualmente ser difamatoria, calumniosa o injuriosa. Por el contrario, se está garantizando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución, la efectividad de los derechos de las personas que se pueden ver lesionadas por el contenido de la publicación, cuando éste resulte contrario a la verdad. Corresponderá entonces, al juez constitucional, en cada caso particular, en aras de asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, evaluar si la información, imagen o noticia a la que se pretende dar difusión o la circulación de la publicación que contiene la revelación de hechos o situaciones íntimas han sido obtenidas ilegalmente, o sin la debida certeza y constatación de la objetividad de la información publicada.”⁴⁰

Si la persona muere y no existen parientes que otorguen autorización: Como se ha expresado a lo largo del documento, el titular de la imagen es quien debe otorgar su consentimiento para que su imagen pueda ser utilizada por terceros bajo las condiciones que él considere convenientes, por tener la virtualidad de ejercer ese derecho de manera libre sin más limitaciones que los derechos de los demás, por tal razón en caso que fallezca el titular, sus herederos son las personas que por ley están autorizadas para conceder su permiso frente a la utilización o no de la imagen de su pariente (transmisión *post mortem*).

Lo anterior se explica porque al tratarse de un derecho personalísimo se extingue el contenido personal con el fallecimiento, sin embargo, el contenido patrimonial de la imagen subsiste y sus parientes conservan la facultad de otorgar autorización o no, en virtud de la protección de otros derechos como la honra y el buen nombre y la explotación pecuniaria que de la imagen quieran realizar. Sin embargo se debe aclarar que en caso de que no existan personas que puedan expresar ese consentimiento, la imagen se convierte de libre publicación porque no existe sujeto legitimado que pueda analizar la conveniencia de conceder o no autorización al respecto.

40 **Página Web-** http://www.adopi.org.do/index.php?option=com_content&view=article&id=71:notas-sobre-el-derecho-a-la-propia-imagen&catid=43:articulos-de-interes&Itemid=76

En todo caso, se debe recalcar que las excepciones anteriormente descritas hacen referencia a la disposición de la Ley 23 de 1982, referente a los Derechos de Autor, para evitar consecuencias de carácter pecuniario, por la supuesta violación de la disposición. Sin embargo, en nuestro concepto, aún, este tipo de actuaciones pueden ser objeto de tutela por parte del Estado, puesto que como se adujo anteriormente la protección de los Derechos a la Propia Imagen, comporta una protección constitucional en garantía de la integridad y dignidad de la persona, y en consecuencia pueden generarse transgresiones de carácter supra legal que no necesariamente generen violaciones a la norma de derechos de Autor.

CAPITULO V

LA IMAGEN EN LAS RELACIONES JURÍDICAS

La Corte Constitucional, en este sentido, ha señalado que *“la libertad en las relaciones contractuales permite que el titular del objeto protegido -la propia imagen- autorice a otros, inclusive con fines comerciales, para su uso y difusión, pero sin que pueda entenderse que la autorización así conferida implique la renuncia al derecho fundamental del que se trata”*⁴¹.

En ese sentido se evidencia una protección clara a nivel constitucional que impide el uso abusivo de imagen ajena sin consentimiento previo por parte del titular, independientemente que exista un fin personal o económico al respecto. Por el otro lado, a partir del Derecho a la Imagen puede surgir un contenido de carácter patrimonial, en el momento en que la persona otorga su consentimiento para que su imagen sea explotada, caso en el cual entraría la regulación legal de carácter mercantil por incorporar un provecho económico.

En ese sentido se debe aclarar nuevamente que en el momento en que surge un interés de carácter económico frente a la explotación de la imagen, se entra en un ámbito distinto de regulación, puesto que nos separamos de la protección de un derecho fundamental, para pasar a un ámbito netamente civil, en el que predomina la autonomía de las partes en la regulación de sus relaciones jurídicas.

En ese sentido el Derecho a la Propia Imagen y la explotación de la misma se contrapondrían, puesto que el primero protege el ámbito de libertad de autodeterminarse y proyectarse como individuo en la sociedad, así como la autonomía del individuo para permitir o no la captación, difusión y/o reproducción de la imagen por

⁴¹ Sentencia T 471 del 6 de julio de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

parte de un tercero; y el segundo se convierte en una relación netamente contractual, a partir del consentimiento que otorga el titular de la imagen para permitir su explotación, dentro de lo cual podría surgir el Derecho de Autor, por la creación de la obra que se haga a partir de la imagen captada.

En relación con el aspecto patrimonial, el alcance del derecho a la imagen para celebridades, políticos, artistas, deportistas y demás personajes del espectáculo, es muy importante, puesto que la explotación de su imagen es la forma como laboralmente se proyectan y a partir de ella pueden definir la forma como difunden, comercializan o divulgan su imagen, identidad, reputación, voz, personalidad, iniciales o seudónimos al público.⁴²

En el ámbito contractual, el objeto de la relación jurídica puede encontrarse circunscrito a la propia imagen para su explotación comercial o para cualquier otro fin, como es el caso de las modelos o artistas, que ceden su imagen para fines publicitarios primordialmente, en tales circunstancias, las condiciones de uso de la imagen se encuentran pactadas en el contrato, y en caso de haber algún tipo de incumplimiento, las acciones coercitivas a ejercer deberán ser en principio de carácter civil, para solicitar la indemnización de perjuicios de carácter pecuniario, sin ser óbice imponer acciones de tutela, para detener la explotación de la imagen, en caso de estar afectando la integridad de la persona por la cesión realizada.

En relación con la imagen y las redes sociales, como formas de relaciones jurídicas a través de las cuales los individuos exponen su imagen públicamente, sin que haya remuneración alguna, con la finalidad de interactuar con demás individuos de la sociedad, la Corte Constitucional ha señalado que *“la afectación de los derechos fundamentales en redes sociales como el Facebook puede generarse en el momento en el cual el usuario se registra en la red escogida, durante su participación en la plataforma, e incluso en el momento en que decide dejar de utilizar el servicio”*.⁴³ De igual manera manifiesta la Corte que *“La afectación de estos derechos va de la mano, en gran medida, del desconocimiento de los usuarios acerca del funcionamiento y*

42 TOBON franco, Natalia, y VARELA PEZZANO Eduardo. Artículo :PANORAMA JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE IMAGEN, EL BUEN NOMBRE Y LA INTIMIDAD DE PERSONAJES PÚBLICOS EN COLOMBIA

43. Sentencia 260 del 29 de marzo de 2012. MP. Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte Constitucional señaló que *“(…) En el estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line, realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - Agencia Española de Protección de Datos- se señala que el primer momento crítico se sitúa al momento del registro del usuario y la configuración del perfil, pues este incidirá en el derecho a la intimidad y en el honor y la honra en caso de que el usuario no establezca adecuadamente su perfil de privacidad en el momento del registro, ya sea por desconocimiento o porque la red no disponga de estas opciones de configuración. Los derechos de los usuarios pueden verse afectados además con la publicación de contenidos e información en la plataforma –fotos, videos, mensaje, estados, comentarios a publicaciones de amigos-, “pues los alcances sobre la privacidad de los mismos pueden tener un alcance mayor al que consideró el usuario en un primer momento, ya que estas plataformas disponen de potentes herramientas de intercambio de información, de capacidad de procesamiento y de análisis de la información facilitada por los usuarios”*

reglamentación de estas plataformas, pues la falta de privacidad en los perfiles y la publicación de información personal y datos especialmente protegidos como vivencias, gustos, ideología y experiencias sin ninguna restricción, se constituye en una fuente de riesgo para los derechos fundamentales de los usuarios.⁴⁴

Así mismo la Corte ha señalado que para evitar dichas afectaciones se establecen unos –contenidos mínimos- en el derecho de habeas data dentro de los cuales se encuentran: **(i)** el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas está recogida en bases de datos; **(ii)** el derecho a un incluir nuevos datos con el fin de se provea una imagen completa del titular; **(iii)** el derecho a actualizar la información; **(iv)** el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificadas o corregidas; **(v)** el derecho a excluir información de una base de datos o archivo.⁴⁵

Sin embargo en la medida que los usuarios de estas redes no tengan conocimiento pleno del funcionamiento y regulación, es muy difícil evitar vulneración a los Derechos fundamentales.

*De igual manera la Corte Constitucional ha señalado en relación con el contrato de explotación comercial de la imagen que cuando se permite la explotación comercial de la imagen o de la voz de una persona, en ejercicio de una actividad profesional, una vez concluido el término del contrato y agotado el cometido del mismo, el dueño de la imagen o de la voz recupera su derecho a plenitud y, por tanto, quien la venía difundiendo queda impedido absolutamente para seguir haciéndolo, si no cuenta con el consentimiento expreso del afectado o renueva los términos de la convención pactada. Cualquier acto que desconozca este principio constituye ostensible abuso, contrario a los derechos fundamentales del titular de la imagen, que está (...) sometido a la jurisdicción y competencia del juez constitucional. (...)*⁴⁶

Como se explicó anteriormente, este es un caso en el cual puede converger la protección del derecho a la Propia Imagen por el abuso en la disposición de la imagen y la solicitud de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato.

En otro sentido de formas de explotación de la imagen, de acuerdo al valor publicitario, el titular puede registrar su imagen como marca en la medida en que sea un signo distintivo que permita identificar productos

44 Ibidem

45 Ibidem

46 Sentencia T 471 del 6 de julio de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

y servicios, la cual automáticamente queda protegida e impide su utilización por parte de terceros, a menos que medie autorización que permita su explotación.⁴⁷

Es innegable que el uso de la imagen de una persona, sin haber mediado su consentimiento, constituye en cualquier caso, un acto contra los derechos de la personalidad, que puede ser susceptible de generar un responsabilidad civil o penal, o susceptible de indemnizar daños y perjuicios tanto morales como materiales, resultantes de la utilización abusiva.⁴⁸

De otro lado, cuando pensamos en el ámbito del comercio y los negocios que se conectan con la imagen, encontramos múltiples escenarios empresariales relacionados con la enorme industria de la moda y publicidad, donde definitivamente este tema cobra la mayor relevancia. En este escenario, cabe resaltar nuevamente, que no es permitida, sin la debida autorización la publicidad que toque la imagen de una persona, sin su debido consentimiento y señalamiento de las condiciones de uso. De hacerlo, implicará una vulneración directa a los derechos de la personalidad o los Derechos de Autor, que conforme lo enunciamos antes, podría implicar un acto ilícito de naturaleza civil o penal.

En ese escenario podemos observar dos tipos de situaciones que se relacionan directamente con el derecho a la imagen. Primero, la permitida utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, en oposición a la utilización no consentida de la imagen con fines publicitarios, con vocación a constituir una falta civil o penal, susceptible de dar lugar a daños y perjuicios morales o materiales.

47 Ceballos Delgado, José Miguel. Revista la Propiedad Inmaterial No. 15. Nov de 2011. Artículo Aspectos Generales del Derecho a la Propia Imagen. 77 pp.

TITULO III DERECHO COMPARADO; CONSIDERACIONES EN CUANTO A EL CASO COLOMBIANO

CAPITULO I RÉGIMEN JURÍDICO COMPARADO EN GENERAL

Aun cuando consideramos el derecho a la propia imagen como una figura de poco renombre en Colombia y una aplicación prácticamente innovadora y de insuficiente desarrollo en nuestro ámbito jurídico, es importante advertir que este Derecho es reconocido en el mundo, desde hace ya más de un siglo.

La Corte de Apelación de Bélgica, reconoció en Sentencia del 26 de Diciembre de 1988, el derecho del individuo sobre su figura y su nombre, y la facultad de oponerse a que los mismos sean aprovechados sin su consentimiento. En el mismo sentido se observa el caso de legislaciones, tales como la española, la cual incluso ha reforzado la visión de este Derecho como propio a la personalidad y con una dimisión ampliamente moral.

En el ámbito Europeo, podemos hablar entonces de una visión prácticamente unificada, que se fundamente en torno a la visión de este Derecho como un atributo de la personalidad. Esto salvo el caso de Francia, el cual veremos más adelante.

El Comité de expertos en derechos del hombre del Consejo Europeo ha establecido que la imagen de una persona es un elemento fundamental de su vida privada que implica *“el derecho al respeto de la vida privada está esencialmente fundado sobre el reconocimiento del interés que el individuo tiene de ser protegido contra toda intrusión en su intimidad y en toda parte de su existencia que pueda custodiar legítimamente por sí mismo. Este interés concierne a las comunicaciones y relaciones personales, así como también a todos los hechos tocantes a la vida privada y la personalidad del individuo que se relacionen notablemente con su imagen, su voz, su domicilio, así como a los bienes que resaltan en su esfera personal”*.⁴⁹

Ahora bien, a nivel de América Latina, cabe destacar igualmente la situación de países, como Uruguay, Chile y Argentina, donde en los últimos veinte años, se ha desarrollado un amplio espectro del tema. Muy afín a la

⁴⁹ *Ibidem*.

visión española por ejemplo, encontramos el caso de Chile, donde reiteradamente y a partir de una Sentencia de la Corte Suprema Chilena de 1997 se ratifica *“el derecho a la propia imagen como un atributo de la personalidad, del que puede disponer sólo el sujeto mismo, sin que nadie pueda beneficiarse de ello sin su consentimiento expreso y que quien haga uso de este derecho sin autorización de su detentador o lo utilice, por ejemplo, con fines comerciales publicitarios, lo amenaza, perturba y privada”*.⁵⁰

Asimismo, la Jurisprudencia Uruguaya ha ratificado que *“lo que pretende este derecho 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”*.

Por su parte, la legislación Argentina, establece en el derecho a la propia imagen un doble aspecto, del cual habíamos hablado con anterioridad. Por un lado, positivo: el derecho de las personas a captar, reproducir, y publicar su propia imagen, y uno negativo que consiste en impedir las mismas acciones, en otras, por parte terceros, que no hayan obtenido su consentimiento. Como amparo a esta protección, se encuentra el artículo 31 de la Ley 11.723 que contiene limitaciones importantes en materia de la comercialización sin consentimiento del retrato fotográfico de una persona.

En México por su parte, aun cuando el derecho a la propia imagen se encuentra considerado en el grupo de derechos fundamentales donde se encuentra la vida privada, la intimidad y el honor, al igual que en el caso colombiano, autores y jurisconsultos mexicanos, consideran que sería importante contar con una legislación emitida por el Congreso de la Unión, que precise de mejor manera el respeto de todos los ciudadanos por estos derechos y las correspondientes limitantes a la libertad de expresión e información, cuando coarten esta liberalidad, demarcando bien las fronteras entre unos y otros y estableciendo los medios para salvaguardar y para restituir a los afectados que pudiesen ser vulnerados en su imagen.

En materia de limitaciones a la libertad de información, la cual necesariamente debe ser restringida para permitir mayor desarrollo y protección del derecho a la imagen, también se ha visto un desarrollo en el campo del derecho comparado. Por ejemplo, la Constitución Alemana de 1949 en su artículo 5° manifiesta que los derechos de libertad de expresión, de prensa y de información, no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para los menores y el derecho al honor personal. La Ley

⁵⁰ Corte Suprema de Chile, Sentencia del 1 de octubre de 1997.

Constitucional austríaca, establece igualmente en el marco de la protección de la libertad personal, que todos tendrán derecho de expresar su pensamiento, pero dentro de los límites legales.

Complementario a todo lo visto, observamos el caso estadounidense, utilizado igualmente en Francia, donde observamos básicamente el reconocimiento de dos derechos: derecho a la tranquilidad o privacidad (right of privacy) y derecho de la personalidad que da la posibilidad de explotar la propia imagen. Es decir, se observa un doble contenido del derecho a la propia imagen: el derecho a la vida privada como aspecto pasivo, que sirve para defender e impedir la fijación de la propia imagen por terceros y un aspecto activo, donde encontramos como tal, el derecho propio de la personalidad, que consiste en prohibir la explotación de la imagen para fines comerciales no justificados por el derecho a la información, por parte de terceros.

Ahora bien, merece una especial alusión, el reconocimiento que hace la legislación española al derecho a la propia imagen permite entrever la protección a una serie de bienes jurídicos inherentes a la personalidad, o dicho de otro modo a la individualidad de la persona. Esto ha permitido equipar la protección del derecho a la imagen en tales casos, respecto a derechos tales como el honor o la intimidad, los cuales son reconocidos como derechos de la personalidad.

Bajo ese entendido, es importante resaltar que el Tribunal Constitucional de España, en Sentencia 231 del 2 de diciembre de 1988, afirmó que los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar, reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española, aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados como derechos de la personalidad. Es decir, centrándonos específicamente en este concepto y a la hora de determinar el contenido del mismo, encontramos que el texto constitucional español, concede una gran importancia a los derechos recogidos en el artículo 18. 1, entre ellos, “la propia imagen”, equiparándolos como derechos de la personalidad.

No obstante lo anterior, no sólo por su ubicación en una sección considerada como fundamental en la Constitución Española, sino por otra serie de aspectos, se revela la voluntad del constituyente español de exaltar y hacer efectiva la protección especial de este derecho. Es así como, encontramos que la Ley Orgánica 1 del 5 de mayo de 1982, proclamó en su artículo 1.1, la voluntad de proteger civilmente el derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen, frente a todo tipo de intromisiones ilegítimas. Incluso

en los casos que exista protección penal, se contempla preferente aplicación de la misma, por tratarse sin duda alguna, de merecer la más fuerte efectividad. ⁵¹

Ahora bien, si de lo mencionado hasta aquí, se desprende la voluntad del legislador de proporcionar a estos derechos el mayor ámbito de protección posible; con mayor relevancia se observa en el artículo 7º de la misma Ley Orgánica, cuando se realiza la tipificación de lo que se considera como intromisiones ilegítimas. Con esto, la legislación española se equipara a otras legislaciones protectoras, existentes en países de mayor desarrollo social y tecnológico a éste. ⁵²

Por lo que se refiere al derecho a la propia imagen, se consideran ilegítimas, de modo especial, las conductas descritas en los apartados 5 y 6 del artículo 7º. Esto es: *“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”*.

Asimismo, *“La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga” (...). “El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”*.

⁵¹ ALEGRE MARTINEZ Miguel Angel, El derecho a la propia imagen. Editorial Tecnos S.A., 1997. Madrid.

⁵² ALEGRE MARTINEZ Miguel Angel, El derecho a la propia imagen. Editorial Tecnos S.A., 1997. Madrid.

CONCLUSIONES

- El derecho a la propia imagen establece el poder o facultad que tienen todas las personas por el hecho de serlo, sobre el control, ejercicio, captación, grabación uso, difusión o reproducción de una representación gráfica de su figura, imagen, retrato, e incluso voz.
- El derecho a la propia imagen encierra aspectos morales y patrimoniales de la persona, que contempla acciones y facultades activas (uso o explotación de la imagen) y pasivos (impedir o restringir el uso de la propia imagen por parte de terceros.)
- Se evidencia a lo largo de este trabajo, la relevancia del derecho a la propia imagen en el derecho comparado, como un derecho personalísimo del que toda persona goza por el hecho de existir, así mismo se evidencia la falta de regulación y protección en la legislación Colombia.
- Lo anterior supone la falta de una mención constitucional explícita al derecho a la propia imagen, con el fin de generar mayor conciencia en la sociedad sobre la existencia del derecho a la propia imagen, sobre su ejercicio permanente por el hecho de existir, sobre su importancia, sobre las formas en que puede ser transgredido y las garantías que puede invocar por tratarse de un interés jurídico superior autónomo que no debe confundirse con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad o la honra.
- Sin lugar a dudas sería importante contar con una legislación reglamentaria específica y apropiada que estableciera de manera clara y con un criterio objetivo lo que comprende la vida privada o ámbito íntimo del individuo para así poder establecer, con precisión, los límites de estos dos derechos que en ocasiones parecen confrontarse estableciéndose una lucha entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.

- Sería oportuno tomar en cuenta lo que otros países han hecho en lo que respecta a esta materia y que consagran en sus Constituciones como derechos fundamentales de manera expresa el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen.
- Si bien el derecho de autor y el derecho a la propia imagen se vinculan en el momento que hay algún tipo de creación intelectual de una obra por parte de un tercero, debe primar el respeto a los derechos fundamentales y en consecuencia cumplir con los requisitos necesarios para no violentarlo como traducción del respeto a la dignidad de la persona porque los derechos que deben ser respetados son patrimonio de todos y el irrespeto a los mismos por parte de cualquiera, privará al otro del disfrute de los derechos exigido por su dignidad.
- En legislaciones de diferentes países el Derecho a la Propia Imagen no se encuentra incorporado de forma expresa en la Constitución Política y en consecuencia queda recogido de manera general dentro de los derechos a la vida, dignidad, honor, buen nombre, libre desarrollo de la personalidad.
- El Derecho a la Propia Imagen no se encuentra bajo el amparo de los derechos de Autor, toda vez que el primero goza de protección constitucional, de carácter moral y extrapatrimonial sin necesidad de concreción de hechos; en contraposición el Derecho de Autor dispone que solo hasta que se materialice la exhibición de la imagen, sin consentimiento del titular, puede haber lugar a indemnizaciones de daños y perjuicios de carácter patrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

- **ALEGRE MARTINEZ**, Miguel Ángel. El derecho a la propia imagen. Editorial Tecnos S.A., 1997. Madrid.
- **BLASCÓ GASCÓ**, Francisco de P. Artículo: Algunas cuestiones del Derecho a la Propia Imagen. Universitat de Valencia.
- **CIFUENTES**, Santos. Derechos Personalísimos. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2008.
- **ROGEL VIDE**, Carlos. Manual de Derecho de Autor.
- **XIOL RÍOS**, Juan Antonio, Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual, Madrid, España: Dykinson, 2011.
- **TOBON FRANCO, Natalia, y VARELA PEZZANO Eduardo.** Artículo: PANORAMAJURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE IMAGEN, EL BUEN NOMBRE Y LA INTIMIDAD DE PERSONAJES PÚBLICOS EN COLOMBIA.
- Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial. Derechos Intelectuales. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2007.
- OMPI- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Principios básicos los derechos de autor y los derechos conexos.
- Constitución Política de Colombia.
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 o Pacto de San José, ratificado por Colombia el 25 de Noviembre de 1977.
- Sentencia C-109 de 15 de marzo de 1995, MP. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.
- Sentencia T-408 de 1998, MP, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- Sentencia T-439/09, de 07 de julio de 2009, MP. JORGE IGNACIO PRETELT.
- Sentencia T 090 del 6 de marzo de 1996, MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- Sentencia T-471 de 6 de julio de 1999, MP. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.
- Sentencia T 405 del 24 de mayo del 2007, MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
- Sentencia T-409 del 11 de agosto de 1998. M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

- Sentencia T-322, de 23 de julio de 1996, MP. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.
- Sentencia 260 del 29 de marzo de 2012. MP. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.
- Corte Suprema de Chile, Sentencia del 1 de octubre de 1997.
- http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf
- http://www.adopi.org.do/index.php?option=com_content&view=article&id=71:notas-sobre-el-derecho-a-la-propia-imagen&catid=43:articulos-de-interes&Itemid=76