



**LA REPERCUSIÓN DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO
EN COLOMBIA SOBRE EL DERECHO DE IMAGEN COMO OBJETO DE
PROTECCIÓN DENTRO DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

César Augusto Ferreira Zambrano y
David Enrique Montenegro Reyes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
Facultad de Ciencias Jurídicas
Especialización Derecho Comercial
Bogotá D.C.
2018

**LA REPERCUSIÓN DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN COLOMBIA SOBRE EL
DERECHO DE IMAGEN COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DENTRO DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

Por: César Augusto Ferreira Zambrano y
David Enrique Montenegro Reyes

RESUMEN

Por medio del presente escrito, se pretende hacer una introducción respecto a la forma en la que se deben armonizar las normas referentes al derecho de imagen de la persona natural como objeto de protección del derecho de autor. Esto, teniendo en cuenta el surgimiento de una corriente encaminada a constitucionalizar el ordenamiento jurídico, la cual ha permeado todas las ramas del derecho, incluyendo el derecho comercial y a su vez los derechos de autor, susceptibles sin discusión alguna a tal situación.

Palabras Clave: Constitución Política, Constitucionalización del Derecho Mercantil, Derecho de Imagen, Derechos de Autor.

ABSTRACT

By means of the present document, it's intended to make an introduction regarding to the way to harmonize the protection regulations related to the right of image of the natural persona as an object of copyright protection. This, taking into account the emergence of a trend to constitutionalize the law, which has permeated all branches of law, including commercial law and consequently copyright, susceptible without any discussion to such situation.

Keywords: Political Constitution, Constitutionalization of Commercial Law, Image Right, Copyright.



Nota de Advertencia. “La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”



Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN.....	9
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	10
1. ACERCAMIENTO AL FENÓMENO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO.....	11
2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL.....	13
3. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR.....	16
a. DERECHOS MORALES.....	17
b. DERECHOS PATRIMONIALES.....	19
4. EL DERECHO DE IMAGEN DENTRO DE LOS DERECHOS DE AUTOR.....	20
5. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE IMAGEN.....	21
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	26

INTRODUCCIÓN

“La Constitucionalización del Derecho”, vista desde la dimensión más básica, ha surgido como una tendencia del derecho contemporáneo de propender y garantizar el respeto por los mínimos y garantías que comprende la Constitución Política, esto, basado en la facultad de autoridad suprema que le otorga el artículo 4º de la Carta Suprema, no en vano, la Constitución ha permeado cada una de las diferentes esferas que conforman el ordenamiento jurídico colombiano, entre estos, los derechos de autor. Lo anterior, surge como insumo del presente trabajo para analizar desde la regulación del derecho a la imagen en tratándose de derechos de autor, en contraste con la influencia que sobre este tema particular tiene la Constitución Política a través de la llamada “Constitucionalización del derecho” en su ámbito mercantil, es por lo anterior que, se estudiara si la existencia de violación de cara a las normas que regulan el derecho de imagen dentro de los derechos autor frente a la persona natural, puede ser de tal magnitud que atenten contra derechos constitucionales y puedan ser objeto de la acción de tutela.

Dicho lo anterior, por medio del presente trabajo, se procederá a explicar en primer lugar en qué consiste la denominada Constitucionalización del Derecho y en particular, dicho fenómeno aplicado al Derecho Comercial, una vez se tenga claridad sobre dicho concepto, se entrará a desarrollar de fondo la relación que podría existir entre la corriente antes mencionada y la protección que desde el derecho de autor existe sobre los derechos de imagen frente a la persona natural.

En consonancia con lo dicho, se realizará un análisis en el cual se pretende identificar el ámbito de protección de los derechos de imagen desde la protección de los derechos de autor dentro del contexto de la persona natural e igualmente, se hará una revisión en el mismo sentido, con el objeto de determinar la protección existente desde la constitución a los derechos de imagen, todo esto de la mano de la doctrina y la jurisprudencia sobre la confluencia de ambos sistemas de protección.

Lo descrito, resulta importante toda vez que como se expondrá, pueden presentarse violaciones al derecho de imagen a la luz de la protección establecida por el derecho de autor, y, en segundo lugar, se pueden llegar a transgredir derechos protegidos constitucionalmente de cara a la persona

natural.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Siendo la constitucionalización del derecho la teoría jurídica que se encuentra en auge en el entorno jurídico no solamente de ámbito local, sino, internacional, surge la necesidad de hacer un estudio que dé cuenta de esa constitucionalización de cara al derecho de imagen, dentro de los derechos de autor y, por ende, del derecho comercial colombiano. Lo que busca el presente documento, es dar cuenta del contexto en el que se debe desarrollar el derecho de imagen de cara a la persona natural, tanto desde su óptica meramente legal como dentro de los límites constitucionales que se le establecen al mismo. Hoy en día, el derecho, en cualquiera de sus múltiples ramas no es ajeno al tratamiento por el que debe pasar en la esfera constitucional, es por esto que, surge el interrogante frente al tratamiento que se le da al derecho de imagen, particularmente frente a la persona natural tanto legalmente, desde los derechos de autor, así como desde el punto de vista constitucional de conformidad con los mandatos de la carta política.

Lo anterior lleva a preguntarse si, ¿Desde la constitucionalización del derecho, es viable determinar que la violación a la protección al derecho de imagen de la persona natural dentro del derecho de autor, vulnera a su vez derechos constitucionales como por ejemplo el buen nombre, la honra y la intimidad de este tipo de personas? Con el objetivo de dar respuesta al anterior interrogante, el presente escrito parte del análisis de la protección al derecho de imagen, la cual valga precisar es algo difusa, pero que nos permitiría delimitar el momento en que la protección que otorga el derecho de autor no basta y es requerido acudir a mecanismos constitucionales de protección.

La relevancia de esto en materia comercial, básicamente se centra en que la inobservancia de los principios y mandatos constitucionales dentro del ámbito de las relaciones comerciales, y para el caso específico, la explotación del derecho de imagen de la persona natural, puede traer como consecuencia la violación a derechos fundamentales haciendo que una relación que en principio no tendría que ser de conocimiento del juez constitucional, pueda llegar a serlo.

Así las cosas, para efectos de desarrollar el problema planteado, la investigación se centra en la

revisión y análisis de la doctrina, artículos especializados y jurisprudencia que abordan el tema en su mayoría desde el año 2008 hasta el año 2018, no obstante, valga la pena precisar se podrán tener en cuenta pronunciamientos y doctrina de años anteriores debido a su relevancia para el caso objeto de estudio. A su vez, y de forma principal, abordamos las siguientes fuentes normativas: Constitución Política, Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993.

1. ACERCAMIENTO AL FENÓMENO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO.

La constitucionalización del derecho o neoconstitucionalismo como suelen llamarlo algunos tratadistas, ha sido definido como la tendencia por medio de la cual, el sistema normativo de un país, se rige en tanto a su interpretación y aplicación, siguiendo los lineamientos establecidos en la Constitución de dicho país (Arrieta Florez , 2009), ello supone, que se está frente a un ordenamiento jurídico constitucionalizado de forma efectiva cuando el mismo reconoce a la Constitución con una función particular que se impone sobre todo el derecho (Arrubla Paucar , 2010).

El origen de la tendencia “constitucionalizadora” del derecho se remonta mediados del siglo XX¹ cuando la constitución empezó a considerarse como una norma jurídica en reemplazo de la concepción bajo la cual la misma se entendía únicamente como un documento político, lo anterior sumado a la creación de una jurisdicción constitucional y al desarrollo de los jueces constitucionales de dogmática enfocada a proteger la constitución, derivaron en que se le atribuyera a la carta suprema una fuerza vinculante, que su cuerpo normativo se entendiera de obligatoria observancia y plena eficacia, y que a través de las decisiones de las Cortes y Tribunales, el cumplimiento de lo establecido en las cartas constitucionales se tornara de cumplimiento forzoso (Arrieta Florez , 2009). Los anteriores elementos, se configuran entonces en el efecto que tiene la constitucionalización del derecho dentro de los ordenamientos jurídicos y las características propias de las constituciones que instauran sistemas de protección en aras de proteger la prevalencia de

¹ Se destacan en este aspecto, la Constitución de Alemania de 1949 y la Constitución de Italia de 1947. Derivado de lo anterior, se tuvo como consecuencia el surgimiento de los Tribunales y Cortes Constitucionales en dichos países respectivamente, así como la Corte Constitucional en Portugal en el año 1982 y el Tribunal Constitucional español en 1978. En lo que respecta a Colombia, se puede afirmar que el proceso de constitucionalización se da en el momento en que se expide la Constitución de 1991 donde se crea, en lo que tiene que ver con la defensa de la Constitución, la Corte Constitucional, una Jurisdicción Constitucional encargada, en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, de “[L]a guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (...).”

éstas en los ordenamientos jurídicos de los países.

En concordancia con lo anterior, aterrizando el tema al caso colombiano, la supremacía con que cuenta la Constitución de 1991 dentro de nuestro ordenamiento jurídico encuentra fundamento según lo señalado en el artículo 4^o de la carta política, el cual consagra la autoridad con que cuenta la Constitución y la aplicación de las disposiciones constitucionales en los eventos en que se pueda presentar incompatibilidad entre ésta y demás disposiciones jurídicas.

No obstante, el efecto que tiene la constitucionalización sobre el ordenamiento jurídico tiene un espectro mucho más amplio a lo anteriormente descrito, toda vez que de la realización de un examen más profundo a dicho fenómeno, se encuentra que con la promulgación de la Constitución Política de 1991, el ordenamiento jurídico se vuelve un sistema compuesto por valores y principios que no solo compete a los jueces constitucionales, sino también a los demás jueces sin perjuicio de su especialidad, dando lugar a la constitucionalización judicial del derecho, en la cual, el juez no debe limitarse a lo establecido en los códigos, que hasta antes de 1991 se consideraban la única fuente aplicable a la resolución de controversias según la respectiva especialidad, sino que, debe tener en cuenta aquellos valores constitucionales y principios pues su omisión constituiría una violación a lo establecido en la carta política (Arrubla Paucar , 2010).

El autor, Jaime Arrubla, ha identificado como efectos del proceso de constitucionalización los siguientes:

- “(...) a) El derecho deja de ser un conjunto sistemático de normas para comprender valores y principios, que se encuentran disponibles para las respuestas jurídicas que deben dar los jueces.*
- b) Respecto a la epistemología jurídica, ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizador sino que se reclama prescripción y valoración,*
- c) El derecho se judicializa, en cierta medida, superando la distinción entre la creación y la aplicación*
- d) El examen de la validez de las normas, incluidas las legales, se amplía a los contenidos constitucionales, que potencian al papel del poder judicial*

² “(...) **ARTICULO 4o.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)”

e) Se quiebra la distinción entre moral y derecho y el juez debe afrontar exigencias de moral crítica (...)" (Arrubla Paucar , 2010).

Así las cosas, una vez descritas las principales características que determinan el proceso de constitucionalización del derecho, se procederá a exponer cómo dicho proceso ha tenido incidencia en materia comercial en aras de hacer una acercamiento a las diferentes temáticas necesarias para el desarrollo del tema propuesto en el presente escrito, no sin antes señalar que el proceso de Constitucionalización del derecho ha encontrado tanto defensores como opositores, sin embargo, el objetivo en esta parte del trabajo corresponde a realizar un análisis descriptivo de dicho fenómeno, razón por la cual no se hará un estudio respecto a las posiciones existentes sobre el mismo.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL.

Tal como se señaló en el punto anterior, la constitucionalización del Derecho ha trascendido a todas las ramas del derecho y en lo que compete al presente documento, el derecho comercial no ha sido ajeno a ello, lo anterior, conlleva principalmente a que se originen nuevas formas de litigio, lo que cambia totalmente la percepción que se tiene sobre la aplicación de las reglas propias del derecho privado³ y obliga a que los agentes económicos deban realizar un examen aún más profundo de los riesgos jurídicos a los cuales se pueden ver expuestos (Calderon Villegas , 2007).

En atención a las consecuencias de la constitucionalización del derecho mercantil señaladas en el párrafo anterior, se debe entender que a partir de la irradiación de las normas constitucionales sobre las normas de derecho privado, se crean cinco sistemas judiciales de constitucionalización del derecho mercantil⁴ (de los cuales se hará la descripción del denominado estricto), entendiéndose el

³ Al hacer alusión al cambio de la percepción que se tiene sobre la aplicación de las reglas propias del derecho privado, se debe entender el mismo, como el cambio originado a través de la entrada en vigor de las “nuevas constituciones” con las cuales, se introducen novedades en las formas en las que se integran los ordenamientos jurídicos, autores como Jaime Arrubla señalan que mediante la constitucionalización del derecho, genera cambios en donde prevalece, de manera general, la ruptura de las convicciones *iuspositivistas*

⁴ Los sistemas mencionados corresponden a los que el autor denomina de la siguiente manera: (a) sistema suave, (b) sistema estricto, (c) sistema excepcional intermedio, (d) sistema ordinario intermedio y (e) sistema abstracto. Teniendo en cuenta que en el trabajo se detallará el sistema estricto, a continuación, se explica de forma somera cada uno de los demás sistemas judiciales de constitucionalización. Se denomina sistema suave a la resolución de una cuestión jurídica particular en la cual únicamente interviene el juez ordinario dentro de un trámite procesal según lo establecido en las normas procesales civiles y no implica una aplicación explícita de argumentos constitucionales para determinar las fuentes de derecho aplicables. Por su parte el sistema excepcional intermedio, se diferencia del suave pues en el supuesto de hecho para iniciar este trámite, se

concepto anterior en palabras de Calderón Villegas como “(...) *Aquellos cauces a través de los cuales la incidencia del texto constitucional en la definición del alcance y comprensión del derecho mercantil se activa con ocasión del ejercicio de funciones jurisdiccionales (...)*” (Calderon Villegas , 2007), lo cual dicho de otra manera, significa que habrá nuevas formas de litigio debido a la posibilidad que los conflictos no solo sean dirimidos por su juez natural sino que exista la posibilidad que haya conflictos que pudieran ser conocidos por el juez constitucional.

Por su parte, en lo que respecta al cambio sobre la percepción que se tiene sobre la aplicación de las reglas propias del derecho, el autor Jaime Arrubla ha identificado aspectos característicos tales como, que la constitución pasa a convertirse en el foco de atención de los jueces en su integridad y no solamente de los juzgadores que se encuentran dentro del espectro constitucional. También, destaca que desde su preámbulo, la constitución se encuentra cargada de principios y valores, a los que los jueces ya no solamente deben ceñirse a lo establecido en las normas, dejando de lado la visión iuspositivista imperante hasta hace unos años, sino que, dentro de sus decisiones, deben tener en cuenta los principios y valores introducidos por la carta política (Arrubla Paucar , 2010).

No obstante, sobre este punto han surgido algunas críticas toda vez que se evidencian algunos problemas derivados de la constitucionalización del derecho privado, ya que, si no logra establecerse un límite a dicho fenómeno, los jueces pueden incurrir en yerros al momento de interpretar una norma cuando esta restrinja algún derecho constitucional, razón que llevaría a concluir que no sería posible aplicar una norma de rango inferior a la Constitución, pues al ser las leyes restricciones de principios constitucionales (como por ejemplo aquellas que establecen el plazo de prescripción que irían en contravía al derecho al acceso de justicia), se tendría que todos los códigos serían inconstitucionales (Tamayo Jaramillo, 2017). Lo anterior va aunado a que existe la posibilidad que se genere, en palabras de Jaime Arrubla, una sobre interpretación de la interpretación de la constitución que consiste en pretender “(...) *que en la constitución estén todas las soluciones jurídicas e imponiendo su aplicación, sin dejar lugar para la aplicación de otras normas (...)*” (Arrubla Paucar , 2010), concluyendo la necesidad de establecer un sistema de

concreta a partir del momento en el que se presenta una violación directa de la Constitución o por un defecto sustantivo, que puede darse por no aplicación de una norma al caso concreto o cuando se aplica una norma que no resulta pertinente y la misma es aplicada, caso en el cual se activa la competencia excepcional del juez constitucional. En tercer lugar, se encuentra el sistema intermedio ordinario, el cual requiere una carga argumentativa elevada toda vez que este sistema se materializa con la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma de derecho privado en virtud del artículo 4 de la constitución. Finalmente el sistema abstracto es el que se realiza en virtud de las acciones públicas de constitucionalidad (Calderon Villegas , 2007).

constitucionalización moderado, tal como se señaló en el párrafo anterior.

Así mismo, puede darse el evento en que la práctica de las deducciones judiciales que se basan en procesos lógicos se reemplacen por un ejercicio de argumentación basado en una valoración sobre principios y no sobre normas, lo que inmediatamente generaría una inestabilidad jurídica pues las decisiones tendrían su fundamento en la razón aplicada a los valores y principios y no a lo establecido en las normas que regulan la materia, caso en el cual, las decisiones pueden interferir en la modificación de presupuestos establecidos durante la celebración de negocios jurídicos que a veces resultan imposibles de atender (Arrubla Paucar , 2010).

Así las cosas, se encuentran algunos casos particulares donde la Corte Constitucional señaló que las controversias contractuales no pueden ser objeto de estudio mediante mecanismos constitucionales, toda vez que las leyes existentes garantizaban formas de resolver esas diferencias, al respecto la Corte señaló lo siguiente:

“(...) Las diferencias surgidas entre las partes por causa o con ocasión de un contrato no constituyen materia que pueda someterse al estudio y decisión del juez por vía de tutela ya que, por definición, ella está excluida en tales casos toda vez que quien se considere perjudicado o amenazado en sus derechos goza de otro medio judicial para su defensa: el aplicable al contrato respectivo según su naturaleza (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T-594/92)

Sin embargo, a pesar del estudio de la sentencia anterior y demás providencias proferidas por el tribunal Supremo de lo Constitucional, que en sus comienzos tenía una clara posición de mantenerse al margen de las relaciones contractuales entre particulares, aparecen otras interpretaciones en las cuales, aunque de forma excepcional, abren camino a la posibilidad de brindar solución respecto de una diferencia contractual vía tutela, así, la Corte se pronunció al respecto de la siguiente manera:

“(...) El grado de intervención del juez constitucional depende, por entero, de la manera en que se verifica la violación o amenaza de los derechos fundamentales de alguna de las partes (...)” (Subrayado fuera del Texto) (Corte Constitucional, Sentencia T-222/04)

Como se puede observar, la corte hace referencia a la forma en que el juez puede valorar la violación de un derecho fundamental, materializando lo explicado líneas arriba, donde la forma de valoración de un problema, pasa de realizarse desde la óptica de la lógica jurídica, a un sistema argumentativo donde los valores y principios pueden dar lugar a la existencia de diferentes posiciones sobre un mismo asunto, generando inseguridad jurídica, por lo que el juez de tutela, no debe tomar la posición del juez natural en aras a aplicar un entendimiento diferente, toda vez que ello conllevaría a una intromisión a la autonomía de los jueces (Arrubla Paucar , 2010).

Conforme a lo expuesto en el presente capítulo, se tiene que el proceso de Constitucionalización del Derecho Mercantil resulta, en una justa medida, como una herramienta que ayuda a garantizar la eficacia y fuerza vinculante de la Constitución de 1991, sin embargo, es importante señalar la labor de los jueces en buscar mantener un equilibrio que impida el completo desentendimiento de los juzgadores a la salvaguarda de los derechos constitucionales, pero también evitar que todas las diferencias que se susciten, deban ser interpretadas conforme a los principios y valores constitucionales pues como se indicó, llevaría a que todo quedara sometido a la discrecionalidad del juez, lo cual tendría como consecuencia la imposibilidad de tener un sistema estable de precedentes judiciales.

Así las cosas, continuando con el orden señalado en la parte introductoria del presente documento, a continuación, se procederá a analizar el contexto normativo en el cual se desarrolla el derecho de imagen en relación con la persona natural, una vez expuesto el mismo, se procederá a realizar el efecto de la constitucionalización del derecho en este caso particular.

3. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

Expuesto el tópico anterior relativo a la corriente de la “Constitucionalización del Derecho”, es pertinente dar paso a la exposición y contextualización del derecho de la imagen de la persona natural en Colombia, dentro de los derechos de autor. Con el objetivo de hacer claro y sencillo la exposición del tema a presentar, es importante iniciar por la concepción, estructura y legislación relativa a los derechos de autor en Colombia, una vez situado dentro de lo señalado antes, se procederá a dar paso al análisis del derecho de la imagen dentro de los derechos de autor.

Los derechos de autor, en palabras de la doctora Patricia Hernández pertenecen a “(...) *aquella rama del derecho mediante la cual se propende por la protección de los derechos subjetivos que emanan de la actividad creadora de un autor y derivan en un resultado final, dotado de individualidad, denominado “obra” (...)*” (Hernandez Paredes, 2015). Teniendo en cuenta que, la protección a la que apunta y se ha establecido a través de los derechos de autor no es una idea en sí misma, sino la forma misma que se le imprime a esta, es decir la obra, ejemplo de esto podría ser la idea que le surge a una persona de escribir un trabalenguas, la idea del trabalenguas poca trascendencia tiene para los derechos de autor, por el contrario, atrae la atención de esta rama del derecho, el momento en el que la persona decide dar forma y plasmar su trabalenguas a través de un escrito, es decir la “obra” en ese mismo instante se activa automáticamente el derecho de autor para proteger esa idea que ya paso de un terreno, podría decirse, “utópico”, al terreno de lo material mediante la plasmación del mentado trabalenguas en un escrito. Estando en este punto, es preciso advertir que la protección misma del derecho que nace en cabeza del autor de una obra artística, literaria, musical, cinematográfica, etc., surge desde el mismo momento en el que el autor da forma y refleja su idea mediante cualquiera de las expresiones referidas antes, por lo que, como bien lo refiere la doctora Hernández, “(...) *el derecho de autor no subordina la protección de las obras a ningún tipo de registro o formalidad (...)*” (Hernandez Paredes, 2015), precisando que, la protección de los derechos de autor se activa automáticamente al ser creada la obra, sin embargo, para efectos de oposición a la titularidad y/o autoría de la obra, la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA), prevé el registro de la obra, no como condición para la constitución de derechos, sino, como se señaló arriba, para efectos de índole probatorio frente a la autoría y/o titularidad de la obra (Hernandez Paredes, 2015).

Una vez que la obra ha sido creada, y teniendo en cuenta que instantáneamente surgen en cabeza de su autor los derechos sin previo registro de la obra, es preciso detenerse en ese tipo de derechos que surgen para quien ha dado forma y vida a su idea, a saber: a) Derechos morales y b) Derechos patrimoniales.

a. DERECHOS MORALES.

De un lado, la importancia de los derechos morales estriba en el lazo que tiene el autor como

artífice de su obra, por lo que diríamos que, este tipo de derechos morales protegen el distintivo del autor reflejado en su obra (Hernandez Paredes, 2015).

Es importante señalar, que los derechos morales gozan de prerrogativas tales como: ser inalienables, intransferibles, irrenunciables e inembargables, con vocación de perpetuidad, por lo que, nada de lo que se diga en un contrato que lo limite, lo afecte o lo renuncie es siquiera válido.

Aterrizando y dando alcance legal a lo dicho hasta aquí, de un lado, la Decisión Andina 351 prevé en su artículo 11 como derechos morales:

“(...) Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;*
- b) Revindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,*
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor (...)*”

Por otro lado, la ley 23 de 1982 en su artículo 30 señala también los derechos morales que surgen en cabeza del autor, haciendo la salvedad que, repite los tres derechos antes señalados e incorporando dos nuevos más así:

“(...) El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

- a) Revindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;*
- b) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos;*
- c) A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;*
- d) A modificarla, antes o después de su publicación, y***

e) A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada (...)” (Destacado fuera de texto)

Visto el contenido y alcance con que cuentan los derechos morales dentro de los derechos de autor, a continuación se presenta el estudio en lo tocante a los derechos patrimoniales.

b. DERECHOS PATRIMONIALES.

Los derechos patrimoniales, a diferencia de los morales, son transferibles, alienables, renunciables y embargables, es decir, que por regla general se puede disponer de este tipo de derechos. Son tantos como formas de explotación de las obras existan, no obedecen a un listado exhaustivo de explotación de una obra. Hay derechos patrimoniales alrededor de los cuales giran todos, por lo que, es preciso mencionar lo que en punto plasma el artículo 13 de la Decisión 351 (2015, p. 105):

“(...) Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;

d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;

e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra (...)”

Teniendo como insumo la breve contextualización de los derechos de autor hecha hasta aquí, reconociendo de antemano, que son muchos los aspectos que escapan al análisis hecho, no siendo omitidos por su falta de importancia, sino, por el camino al cual se pretende conducir el presente escrito, es pertinente dar inicio al punto y eje central del documento, de un lado, el derecho de imagen dentro de los derechos de autor y, de otro, el mentado derecho dentro del escenario constitucional.

4. EL DERECHO DE IMAGEN DENTRO DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

Tal como lo refiere el doctor Diego Guzmán, la imagen “(...) es la representación externa de una persona. Por lo general se refiere al retrato, pues la apariencia física tiende a ser el aspecto más característico. En realidad, abarca cualquier rasgo personal capaz de permitir la identificación de un individuo, como su voz o incluso un estilo particular de vestir (...)” (Guzman Delgado, 2016) y continúa señalando que “(...) el derecho a la imagen es la facultad de su titular para disponer de esta (...)” (Guzman Delgado, 2016). Teniendo en cuenta la definición anterior, es preciso recordar nuevamente que el análisis del derecho de imagen será abordado desde la óptica de los derechos de autor y subsiguientemente dentro de la esfera constitucional.

Siguiendo con lo descrito en el párrafo anterior, de la mano nuevamente del doctor Guzmán, se puede decir que tanto de la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993 sobresalen tres ópticas del derecho de imagen:

1. Desde la persona natural.
2. Protección de los personajes ficticios.⁵
3. Usos lícitos de la imagen de las personas en circunstancias particulares⁶ (Guzman Delgado, 2016)

El análisis que se pretende realizar se circunscribe única y exclusivamente al referido a la *persona natural*, para lo cual abordaremos el mismo, en este capítulo, desde la esfera de los derechos de autor y posteriormente, desde el ámbito constitucional.

La base normativa que sirve de sustento al derecho de imagen se encuentra establecida en el artículo 87 de la Ley 23 de 1982⁷, haciendo una lectura detenida del mismo, salta a la vista que la redacción

⁵ En relación a estos “(...) el personaje generalmente siempre [sic] se encuentra ligado o bien a una obra literaria (escrito, cuento, novela, historieta) o a una obra artística (dibujo o pintura), las cuales están dentro del marco de protección del Derecho de Autor (...)” (Guzman Delgado, 2016).

⁶ Un ejemplo para este tipo, se encuentra en el artículo 36 de la ley 23 de 1982, cuando el mismo refiere que es libre la publicación del retrato cuando se hace con fines científicos, didácticos y culturales (Guzman Delgado, 2016).

⁷ “(...) Artículo 87 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, o habiendo fallecido ella, de las personas mencionadas en el artículo 88 de esta ley. La persona que haya dado su consentimiento podrá revocarlo con la correspondiente indemnización de perjuicios (...)”

del mentado artículo lo que señala es la facultad con que cuenta el titular del derecho de imagen a impedir el uso que se haga de la misma sin su consentimiento expreso, lo que se traduce en dos vías, de un lado, la potestad de autorizar y del otro, la prohibición de usar la imagen. Como sustento de la explotación económica del derecho de imagen de encuentra el artículo 88 de la Ley 23⁸ el cual debe interpretarse tanto desde el punto de vista individual como colectivo (Guzman Delgado, 2016).

Sumándose a lo anterior, es preciso resaltar la relevancia que toma el derecho de imagen dentro de lo señalado en el artículo 90 de la ley 23 de 1982⁹ cuando el mismo exige autorización tanto de los pacientes como del equipo médico que intervienen dentro de una operación quirúrgica que se plasma bien sea a través de fotografías o películas cinematográficas tal como lo refiere la norma en cuestión (Guzman Delgado, 2016).

Por último, teniendo en cuenta cada una de las estipulaciones normativas que se establecen frente a la protección al derecho de imagen de la persona natural de cara a los derechos de autor, citadas en el presente capítulo, es menester señalar que en el contexto contractual, el uso del derecho de imagen puede instrumentarse a través de contratos de licencia de uso de imagen o de cesión del derecho (Guzman Delgado, 2016).

5. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE IMAGEN

Previo al análisis que se pretende desarrollar en el presente acápite, no puede pasarse por alto lo que al respecto ha señalado como derecho de imagen la Corte Constitucional, mediante providencia del año 2009 esa alta magistratura consideró:

"(...) 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 (...)" (Corte Constitucional, Sentencia T-439/09).

⁸ *"(...) Artículo 88 Cuando sean varias las personas cuyo consentimiento sea necesario para poner en el comercio o exhibir el busto o retrato de un individuo y haya desacuerdo entre ellas, resolverá la autoridad competente (...)"*

⁹ *"(...) Artículo 90 La publicación de las fotografías o películas cinematográficas de operaciones quirúrgicas u otras fijaciones de carácter científico serán autorizadas por el paciente o sus herederos o por el cirujano o jefe del equipo médico correspondiente (...)"*

Posteriormente, mediante providencia del año 2013, el tribunal supremo de lo constitucional nutriendo el contenido del concepto de derecho de imagen, estableció:

“(...) “es el derecho de toda persona al manejo de su propia imagen” que comprende “la necesidad de consentimiento para su utilización” y que constituye “una expresión directa de su individualidad e identidad”. La Corte ha indicado que el derecho a la imagen constituye un derecho autónomo, aun cuando también puede ser lesionado junto con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de su titular, y que está estrechamente vinculado a la dignidad y libertad de la persona, amparados por el artículo 14 de la Constitución. (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T-634/13).

De las anteriores acepciones hechas por la Corte constitucional es claro que el uso inadecuado que se haga de la imagen como derecho de autor constituye una transgresión al mismo llegando a ser de tal impacto que se violen derechos fundamentales en cabeza de la persona en quien se encuentra el mentado derecho.

Dicho lo anterior, vale la pena resaltar que de conformidad con la normativa analizada dentro de los derechos de autor, las partes, dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, máxima del derecho civil y comercial, definen los parámetros bajo los cuales una persona permite a otra explotar su imagen de conformidad con los ya citados artículos 87, 88 y 90 de la Ley 23 de 1982.

Sin embargo, puede presentarse el caso en el cual debido a la ausencia de información durante la etapa precontractual o que como resultado de la explotación de la imagen efectuada por quien ha sido autorizado para ello, se generen situaciones que puedan llegar a ser consideradas lesivas a ciertos derechos fundamentales, un claro ejemplo de ello es el que nos trae la sentencia T-090 de 1996, mediante la cual, una mujer autorizó el video de su parto siempre y cuando el mismo fuese de “buen gusto” y el reflejo de un homenaje a la vida, empero, la accionante evidenció que el video no atendió a las anteriores condiciones sino que, por el contrario, el mismo llegó a ser si se quiere decir “odioso”, al comparar el parto de los niños “ricos” con los de los pobres; para el presente caso, la Corte tuteló los derechos fundamentales a la identidad y a la propia imagen de conformidad con los artículos 14 y 16 de la Constitución, así mismo como la vulneración del derecho fundamental a la intimidad al señalar:

“(…) el derecho a la intimidad de la demandante fue claramente quebrantado. Un suceso de la vida privada, en este caso, fue filmado y se autorizó su reproducción en un programa de la televisión nacional, pero no con el fin de hacer uso indiscriminado de él, sino para un propósito específico. Es evidente que la utilización del material filmico, por fuera de la finalidad convenida, vulnera la intimidad, pues en esas condiciones no opera el consentimiento de la persona concernida que súbitamente se ve expuesta a la mirada y al abierto escrutinio público respecto de un hecho entrañablemente íntimo (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T-090/96)

Teniendo en cuenta la sentencia citada, de conformidad con lo expuesto en el presente trabajo, al momento de la resolución de un conflicto como el que presenta la mentada providencia, la decisión del juez en principio, debe obedecer a lo que las partes han acordado dentro del contrato siempre que el mismo haya sido válidamente celebrado conforme a la ley, la moral y las buenas costumbres, reflejo del principio de la autonomía de la voluntad privada. Sin embargo, fruto de la llamada “constitucionalización del derecho” en el campo mercantil, permite que el examen que realiza el juez no solo se limite a las formalidades y lo establecido en el contrato, sino que el juzgador, al encontrar acreditados presupuestos que vayan en contra vía de derechos fundamentales, deja de tener un papel que se limita al control dentro de lo legal, para dar paso a un control dentro de lo constitucional.

Es así como la Corte Constitucional ha señalado, que no obstante exista autorización para la explotación del derecho de imagen deben existir criterios particulares a tener en cuenta, todo esto en aras de evitar una vulneración a la carta constitucional y más específicamente a derechos fundamentales, frente al particular el alto tribunal señaló:

“(…) los jueces constitucionales deben estudiar cada caso concreto para determinar si existe una afectación o vulneración de un derecho fundamental incluso cuando media una autorización para el uso de la propia imagen. En cuanto a los límites: (i) la autorización para el uso de la propia imagen no puede implicar la renuncia definitiva del mismo; (ii) la autorización comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre las finalidades de éste; (iii) la autorización de uso de la propia imagen no puede constituir un límite absoluto al carácter necesariamente dinámico y cambiante de la autodeterminación de



las personas o a su libre desarrollo de la personalidad; y (iv) la autorización de uso de la propia imagen, como expresión de un acuerdo de voluntades y de la libertad contractual en general, encuentra un límite constitucional en el respeto a los derechos fundamentales (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T-634/13).

Del aparte señalado se destacan puntos que resultan trascendentales para poder visualizar de forma clara la constitucionalización del derecho mercantil aplicada al derecho de imagen, de los que, no solo deben ser tenidos en cuenta los requisitos de validez para la celebración de un contrato, sino que, deben estar incluidos parámetros como los definidos por la Corte Constitucional, porque como se explicó, más allá del acuerdo al que puedan llegar las partes, pueden existir eventos en los cuales se presente una afectación a los derechos de imagen desde una perspectiva constitucional, tal como lo dejó sentado la corte al considerar:

“(...) Después de que ha mediado una autorización para la utilización de la propia imagen, es posible que exista una afectación o vulneración de los derechos fundamentales de la persona. Por supuesto, como también lo señaló la Sala, el establecimiento de la vulneración cuando ha mediado una autorización para el uso de la propia imagen requiere una mayor carga argumentativa en el análisis de los supuestos fácticos y los derechos involucrados, y de un análisis de las condiciones e implicaciones de la autorización en cada caso concreto. Es decir que para establecer si tal situación ocurre o no, es necesario un análisis que evalúe las condiciones en que la autorización fue otorgada, el contexto en que una imagen es publicada y los efectos que la publicación pueda tener sobre los derechos del titular de la imagen. En este orden de ideas, si bien la autorización genera una presunción a favor de quien se aprovecha de la imagen de otro, ésta no tiene carácter absoluto, sino que puede ser derrotada si se demuestra una violación del contenido conceptual de algún derecho fundamental (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T-634/13).

Finalmente, concluye la Corte que la sola existencia de dicha autorización no significa *per se* que la misma sea válida, toda vez que el objeto sobre el cual versa la autorización debe ser claramente definido, en razón a que si el mismo no logra ser determinado o determinable, no permitiría a la persona que autoriza saber el alcance de su autorización ni el contexto dentro del cual se desenvolverá el mismo.

A modo de conclusión, es así como se puede observar que la constitucionalización del derecho mercantil ha llegado a ser de tal importancia, que al momento de la celebración del contrato sobre los derechos de imagen no solo deben tenerse en cuenta los requisitos “clásicos” para dar nacimiento a dicho negocio jurídico, sino que, el mismo debe atender y propender por no caer en supuestos que lo lleven a escenarios de vulneración de derechos fundamentales toda vez que en la actualidad el control al que se sujetan los jueces no solo ha de limitarse a lo expresamente acordado por las partes, sino que, dentro de esta nueva percepción y lectura que debe hacerse del derecho, los juzgadores deben buscar la integración del ordenamiento jurídico de conformidad con las garantías, valores, principios y derechos que señala la Constitución.

Por otra parte se tiene que, en principio, la explotación de los derechos de imagen no supone una vulneración a principios y derechos constitucionales siempre que se cumplan con los requisitos que como consecuencia de la constitucionalización del derecho se impone a las partes para llevar a cabo dicha explotación, mismos que se materializan en la existencia de la respectiva autorización, el conocimiento del alcance de la misma y la facultad de disposición sobre la imagen de la persona.

Finalmente, de lo expuesto mediante el presente documento, se tiene que el fenómeno de la constitucionalización del derecho no se presenta como único objeto de estudio que compete al derecho constitucional, por el contrario, tal ha sido la importancia y el carácter que va venido ganando esta corriente, que su estudio debe sujetarse a todos y cada uno de los agentes que intervienen en el juego de lo jurídico, teniendo dos ámbitos, un primero llamado *a prevención*, dentro del cual todos debemos propender por el cumplimiento y garantía de los postulados que contiene la constitución y la ley y, un segundo, *a judicialización*, en el que una vez se dé la violación de derechos fundamentales, la persona tendrá como recurso constitucional la tutela como mecanismo judicial para la efectiva protección de los señalados derechos de estirpe constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina:

- Arrieta Florez , V. (2009). La constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia. *Pensamiento Americano*, 65.
- Arrubla Paucar , J. (2010). La Constitucionalización del Derecho Privado. *Nuevo Derecho*, 50.
- Calderon Villegas , J. (2007). Constitucionalización del Derecho Comercial: Algunas huellas trazadas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia. *Vniversitas*.
- Guzman Delgado, D. (junio de 2016). El contexto actual del derecho de la imagen en Colombia. *La Propiedad Inmaterial*.
- Hernandez Paredes, P. (2015). Derecho de autor. En E. Varela Pezzano, *Manual de Propiedad Intelectual* (pág. 91). Bogotá : Caveller Abogados .
- Tamayo Jaramillo, J. (12 de Mayo de 2017). *Ámbito Jurídico* . Obtenido de *Ámbito Jurídico*: <https://www.ambitojuridico.com/>

Jurisprudencia:

- Corte Constitucional, Sentencia T-594/92, Magistrado Ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).
- Corte Constitucional, Sentencia T-222/04, Magistrado Ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil cuatro (2004).
- Corte Constitucional, Sentencia T-439/09, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Bogotá, D.C., siete (7) de julio de dos mil nueve (2009).
- Corte Constitucional, Sentencia T-634/13, Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013).
- Corte Constitucional, Sentencia T-090/96, Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).