



**Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías**

**LA PROTECCIÓN EFICIENTE DEL DERECHO A LA IMAGEN
PERSONAL: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE COLOMBIA
Y ESTADOS UNIDOS**

CRISTINA ANDRADE CHEVRES

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.15.2016.03>

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Rev. derecho comun. nuevas tecnol. No. 15
enero - junio de 2016. e-ISSN 1909-7786

La protección eficiente del derecho a la imagen personal: análisis comparativo entre Colombia y Estados Unidos

Resumen

El propósito de esta investigación fue establecer si en Estados Unidos existe o no una mayor protección del derecho a la propia imagen que en Colombia. El derecho estadounidense posee un enfoque marcadamente patrimonialista que incentiva el uso del aparato de administración de justicia por parte de las víctimas, así como los mecanismos de arreglo directo, incrementando así los índices de protección efectiva del derecho. El derecho colombiano, en contraste, hace énfasis en su naturaleza de derecho personalísimo e iusfundamental; lo anterior posibilita la aplicación de remedios de carácter restaurativo, pero, desafortunadamente, en la práctica, las personas por lo general no pueden acreditar perjuicios materiales, así que no reciben ninguna compensación y no se justifica el arduo camino de la responsabilidad civil.

Palabras clave: derecho a la propia imagen, imagen personal, derecho a la privacidad, derecho a la intimidad, daños morales, daños materiales, eficiencia jurídica.

The efficient protection of the right to protection of one's image: a comparative analysis between Colombia and the United States

Abstract

This paper is based on a research aimed at establishing whether the protection of the right to one's image is stronger in the United States than in Colombia. The American judiciary system has a patrimonialist focus that incentives its use by victims, as well as direct negotiation mechanisms, thus increasing the index of the effective protection of the right to the protection of one's image. On the contrary, Colombian law highlights the personal and fundamental character of such right, which allows restorative measures. However, the law in action is such that it is hard to prove material damages, and hence no compensation is given and the arduous path of tort law is not paid off.

Key words: Right to the protection of one's image; personal image; right to privacy; right to intimacy; moral damages; material damages; legal efficiency.

A proteção eficiente do direito à imagem pessoal: análise comparativa entre Colômbia e Estados Unidos

Resumo

O propósito desta pesquisa foi estabelecer se nos Estados Unidos existe ou não uma maior proteção do direito à própria imagem do que na Colômbia. O direito estadunidense possui um enfoque marcadamente patrimonialista que incentiva o uso do aparelho de administração de justiça por parte das vítimas, assim como os mecanismos de arranjo direto, aumentando assim os índices de proteção efetiva do direito. O direito colombiano, em contraste, enfatiza sua natureza de direito personalíssimo e iusfundamental; o anterior possibilita a aplicação de remédios de caráter restaurativo, mas, infelizmente, na prática, as pessoas geralmente não podem acreditar prejuízos materiais, assim que não recebem nenhuma compensação e não se justifica o árduo caminho da responsabilidade civil.

Palavras-chave: direito à própria imagem, imagem pessoal, direito à privacidade, direito à intimidade, danos morais, danos materiais, eficiência jurídica.

La protección eficiente del derecho a la imagen personal: análisis comparativo entre Colombia y Estados Unidos*

CRISTINA ANDRADE CHEVRES¹

SUMARIO

Introducción – I. MARCO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IMAGEN PERSONAL – II. EFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN – III. ANÁLISIS DE CASOS: JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN ESTADOS UNIDOS Y EN COLOMBIA – A. *Casos de Estados Unidos* – B. *Casos de Colombia* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Andrade Chevres, C. (Junio, 2016). La protección eficiente del derecho a la imagen personal: análisis comparativo entre Colombia y Estados Unidos. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (15). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.15.2016.03>

1. Abogada de la Universidad de los Andes con opción académica en periodismo y arte. Actualmente trabaja en Laberinto Cine y Televisión. Correo: crisacol@yahoo.com.

La autora agradece muy especialmente a los abogados Manuel E. Cifuentes Muñoz y Teresa Chevres por su apoyo académico durante la realización del artículo.

Introducción

La protección jurídica del derecho a la imagen está intrínsecamente relacionada con desarrollos tecnológicos que facilitan su captación, reproducción y difusión. Con tan solo un *click*, una imagen puede ser vista en cualquier parte del mundo. A veces, evitar la publicidad de una imagen personal se ha convertido en una odisea jurídica para las víctimas que tan solo buscan proteger su privacidad o la de sus deudos.

El derecho a la propia imagen, entendido como el derecho de controlar la difusión de la imagen personal² merece una protección más efectiva en Colombia, que pasa por generar incentivos que lleven a la víctima a procurar una protección integral y efectiva a su derecho, desincentive a quienes afecten el derecho a la propia imagen y lleve a unos estándares eficientes y uniformes de actuación judicial.

Es relevante analizar el tema de la imagen personal bajo una óptica comparativa con Estados Unidos, dado que la industria mediática de dicho país tiene una gran influencia en el nuestro. Por lo que el Right of Publicity (derecho a la propia imagen) no está regulado de manera federal sino estatal (Barnett, 1999, p. 556), se debe mencionar que este derecho solo es

reconocido en 33 estados de Estados Unidos. En el trabajo presente únicamente se analizará la legislación y jurisprudencia de California y Nueva York por ser los más desarrollados en esta materia³ (Reichmann, 2014, p. 123). Por consiguiente, en las comparaciones entre los dos países se entenderá por Estados Unidos únicamente a los dos estados anteriormente mencionados.

Existen dos posiciones en cuanto a la protección del derecho a la imagen: la constitucional, propia del modelo continental europeo, de la que participa Colombia, y la patrimonial, característica del modelo anglosajón, en el que se incluye Estados Unidos. Sin embargo, se debe analizar el marco jurídico de cada país para entender las diferentes formas de protección que existen. Lo anterior, porque una protección patrimonial, como la que se presenta en Estados Unidos, da lugar a vías de protección diferentes a las que ocurren en Colombia, donde la imagen tiene una protección moral.

La motivación económica de una reclamación es una consideración muy poderosa a la hora de emprender una demanda de responsabilidad civil. Desde la perspectiva del deber ser se podría esperar que quien ha visto lesionada su propia imagen o un derecho fundamental, acu-

2. En varias ocasiones la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha abordado diversos aspectos en torno al derecho a la imagen y ha señalado que este 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”. (T-634 de 2013, M. Calle).
3. “The key states for the right of publicity are New York and California, as these states are the domiciles of most American celebrities, and consequently their laws receive the greatest attention and scrutiny” (Reichman, 2014, p. 123). [Traducción: Los estados clave para el derecho a la propia imagen son Nueva York y California, dado que estos son el domicilio de la mayoría de celebridades estadounidenses y, en consecuencia, sus leyes reciben la mayor atención y escrutinio].

da a la justicia al margen de consideraciones económicas. La realidad muestra que acudir a la justicia conlleva tiempo, riesgos y costos que determinan la decisión de la víctima y que el altruismo que de ella se espera, a la luz del deber ser, puede traducirse en una forma de revictimización.

En contraste con el derecho a la propia imagen colombiano, el Right of Publicity no está “diseñado” para proteger los sentimientos de la persona, puesto que solo ofrece un curso de la acción frente al supuesto en el cual un acusado se ha enriquecido injustamente por apropiación indebida de la imagen. Como se mencionó anteriormente, en Colombia la posición frente a la imagen es moral o extrapatrimonial, mientras que en Estados Unidos es patrimonial.

De acuerdo con este razonamiento, en un caso de Right of Publicity el accionante tiene los siguientes recursos: pedir daños compensatorios, daños punitivos o ejemplares y desagravio por mandato judicial (tanto preliminar como permanente), y aplican los daños punitivos, daños compensatorios o medidas cautelares (Rubin, 1977, pp. 51-63). El *Black's Law Dictionary*⁴ define *punitive damages* (daños punitivos) como “daños concedidos en adición a los ‘actual damages’⁵ [daño emergente] cuando el accionado actuó con descuido, malicia o engaño; específicamente, son daños que se asignan a modo de

penalizar al infractor o como un ejemplo para terceros”.⁶ Los daños punitivos tienen un efecto disuasivo. Estos generan desventajas cuando se incumple la ley, y de esta forma se fomenta que la norma se cumpla con eficiencia.

Desde la anterior perspectiva, atendiendo la función de los daños punitivos, se parte de la premisa de que los Estados Unidos históricamente han ofrecido *una protección más eficiente al derecho a la imagen*; y así mismo entendemos *que la protección patrimonial no es incompatible con la protección constitucional*. Colombia debería utilizar un sistema mixto o introducir mejoras en el modelo propio, que cumplan una función semejante a la de los daños punitivos, con el objeto de eliminar o reducir el actual déficit de protección. Puede considerarse que la protección al derecho a la imagen en Estados Unidos es más eficiente, porque el accionante no debe probar los perjuicios morales para obtener remuneración (Henaó, 1998, p. 192), pues el valor de la imagen de por sí es patrimonial (Barnett, 1999, p. 559).

La Corte Suprema de California, en el caso *Shulman v. Group W Productions* (1998), ponderó el derecho a la privacidad frente al derecho a la libertad de expresión, para finalmente analizar el valor económico de una imagen y establecer la compensación económica que debía recibir la víctima. Con ello, ofreció una

4. El diccionario de términos legales más usado en Estados Unidos.

5. Compensación por una pérdida probada por el monto equivalente al daño.

6. Texto original en inglés: “Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice or deceit; specifically, damages assessed by a way of penalizing the wrongdoer or making an example to others”.

protección patrimonial a la luz de derechos fundamentales, demostrando que ambos enfoques son compatibles.

Las diferencias entre uno y otro sistema no resultan tan evidentes en el caso de personas famosas, en la medida que estas están en condiciones de acreditar perjuicios materiales que equilibran en parte la ecuación ligada al ejercicio de una acción civil de responsabilidad, en un análisis costo-beneficio. Por ello, el foco del presente escrito se centra en las personas no famosas, tema que reviste particular interés a partir de la penetración de las redes sociales, en las que las personas del común, que no tienen el carácter de personajes públicos, interactúan sin tener un control efectivo sobre el uso que se haga de su imagen.

Contemplar los beneficios de una protección patrimonial, sin dejar de lado las garantías constitucionales, es una vía para que el Estado colombiano pueda cumplir el art. 2 de la Constitución que, entre otros fines esenciales, le establece “garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución”.

I. MARCO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IMAGEN PERSONAL

Si se analiza la raíz latina de la palabra imagen, *imago*, nos encontramos con que desde tiem-

pos romanos había una estrecha relación entre la imagen y el derecho a su reproducción. El *ius imaginum* era el derecho (o privilegio) que tenían los patricios de exponer el *imago*, o carretas de cera con el rostro de sus antepasados fallecidos, en el atrio de sus casas (Hopkins, 1983, p. 255).

Solo con la invención de la fotografía comenzó a existir un derecho más parecido al de la propia imagen como se conoce hoy en día. Cifuentes (1992, pp. 78-79) señala cómo, “a partir del invento de la fotografía en el siglo XIX (año 1829), se hizo necesario proteger la imagen como un bien sobre el que se ejercen los goces y facultades de los derechos a ella unidos”.

Más adelante, los fallos del Tribunal del Sena establecieron la base jurídica para lo que hoy conocemos como derecho a la propia imagen. En el fallo del 4 de abril de 1884, el Tribunal sostuvo que el derecho sobre el propio retrato es un derecho inalienable, de naturaleza esencialmente personal; un año más tarde, el 11 de abril de 1855, cambió esta posición y estableció que, si se tiene el consentimiento de la persona retratada, se puede exhibir un retrato en público (Azurmendi 1998, p. 57).

En Estados Unidos, donde como ya vimos se practica el derecho anglosajón (*common law*),⁷ no existe una consagración legal semejante de la figura, ni un término para denotar el derecho a la propia imagen. Los derechos más cer-

7. Se debe tener en cuenta que en Nueva York la fuente principal para el Right of Publicity es la legislación estatal, mientras que en California es una mezcla de *common law* con legislación estatal (Reichmann, 2014).

canos serían el Right of Privacy (derecho a la privacidad) y el Right of Publicity (en español, “derecho a la propia imagen”).

Puede decirse que el Right of Publicity es el “derecho subjetivo” estadounidense más cercano a la definición de la Corte Constitucional colombiana del derecho a la propia imagen. En la Sentencia T-634 de 2013 se define como “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”.

Una de las mejores definiciones del Right of Publicity en Estados Unidos es la de DuBoff (2010), quien dice: “El Right of Publicity protege el nombre, imagen, semejanza, personalidad y con frecuencia la voz y otras características distintivas de una persona contra la explotación comercial no autorizada de terceras personas”⁸ (p. 247).

El juez Jerome Frank explicó la diferencia entre el Right of Publicity y el Right of Privacy en la decisión del caso *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*⁹ En este se usa por primera vez el término Right of Publicity, y se decide que el factor que lo distingue del Right of Privacy es el enfoque en el interés económico que se presenta en el primero versus el

énfasis en intereses personales del segundo.

El Right of Privacy surgió como seguimiento al *right to be let alone* (derecho a ser dejado solo/dejado en paz). En el primer trabajo académico que trató el tema, *The Right to Privacy*, escrito por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis (1890), los autores sostenían que con la invención de la fotografía había un peligro de que se violara el *right to be let alone*, sobrepasando los límites de la decencia y de privacidad de una persona (p. 195).

El publicar una imagen de una persona sin su consentimiento viola el derecho a la privacidad, el derecho a ser “dejado en paz”, y puede llegar a causar daños morales. El Right of Publicity surgió porque, en el caso de las celebridades o personajes públicos, la divulgación de una imagen no viola su derecho a la privacidad (precisamente, parte de ser una persona famosa es perder gran parte de su vida privada). Aunque se debe mencionar que en Colombia, California y Nueva York se protege la propia imagen tanto de personas famosas como de las no famosas. Así que, si bien no hay cabida a daños morales con la divulgación de una imagen,¹⁰ sí se puede llegar a producir lucro cesante por el valor económico que puede generar la imagen de una celebridad. Sin embargo, en el caso de personas no famosas también hay cabida a que se lucre un tercero sin consentimiento, en

8. Texto original en inglés: “The right of publicity protects a person’s name, image, likeness, persona and often their voice and other distinctive characteristics, from unauthorized commercial exploitation by others.” (DuBoff, 2010, p. 247).

9. Si bien se trata de una persona famosa, se menciona por ser un caso hito en materia del Right of Publicity.

10. Para propósitos del trabajo presente no se tendrá en cuenta la divulgación de imágenes privadas de naturaleza pornográfica.

adición a posibles daños morales. Así que en el caso del Right of Publicity se prohíbe el uso comercial y sin consentimiento de una imagen.

El derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo que emana de la personalidad, lo que ubica el derecho como tal en el ámbito extrapatrimonial. Por otro lado, en lo que hace a su ejercicio, el derecho a la propia imagen también posee una faceta reconocible como derecho patrimonial y autónomo.¹¹ En Colombia, por ser un derecho personalísimo, es un derecho inembargable, inalienable y por fuera del comercio, lo que debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de actos relativos de disposición del derecho como parte de su ejercicio. Se venden derechos de imagen, para que el nombre de la persona y su foto se relacionen publicitariamente con un perfume o una marca de ropa, sin que la persona pueda comprometer en forma total su propia imagen. En los Estados Unidos, de entrada, es un derecho patrimonial, es alienable y tiene un valor económico. Igualmente, es un derecho divisible, así que se pueden ceder aspectos específicos de la imagen a diferentes personas (Reichmann, 2014, p. 125).

Tanto en Colombia como en Estados Unidos, cuando se analiza un caso de derecho a la imagen, se debe examinar otros derechos. En Colombia, se debe buscar que la protección al

derecho a la propia imagen no resulte en una censura, violando el artículo 20 de la Carta Política que explícitamente dice que “no habrá censura”. Al respecto, la Corte Constitucional en su Sentencia T-391 de 2007 explica que está prohibido,

el control previo de lo que se va a expresar y el veto de ciertos contenidos expresivos antes de que la información, opinión, idea, pensamiento o imagen sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad (...) ejercer su derecho a la libertad de expresión.

De la anterior explicación se deslinda que también se debe ponderar el derecho a la propia imagen con el derecho a la libertad de expresión y libertad de prensa. La Corte Constitucional en la Sentencia T-439 de 2009 dice que “los derechos a informar, a recibir información y la libertad de opinión no son absolutos (...) será indispensable verificar si los derechos fundamentales de las personas resultan vulnerados por la información.” Así que los derechos fundamentales al buen nombre y a la privacidad, y consecuentemente a la propia imagen, priman sobre el derecho a la libertad de prensa.

El propósito de la libertad de prensa es garantizar que el periodismo pueda cumplir su misión

11. “El derecho a la propia imagen en su vertiente de derecho personalísimo, adquiere dimensión constitucional propia, derivando [sic] de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, por medio de la atribución a su titular [sic] un derecho de contralor respecto de la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. Que consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad informativa, comercial, científica, cultural, etc. perseguida por quien la capta o difunde. Guarda por su misma estructura y fines, una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad.” (De Carreras Serra, 2003, citado por Dávila Pernas, 2010, p. 151).

de contrapoder y de vehículo para la transmisión veraz e imparcial de información que interesa a la sociedad. No obstante, el derecho a dar información tiene como límite el núcleo de derechos que giran en torno a la intimidad. Como ya se mencionó, existe una estrecha comunión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen, pues ambos son derechos de carácter personalísimo. Para entender por qué el derecho a la imagen, en especial en el caso de personas no famosas, puede representar un verdadero límite para la libertad de prensa, quizá se requiera un deslinde conceptual entre los dos. Así, Morales Godo (1995) hace algunas precisiones respecto a cuándo se viola uno u otro derecho:

Podiera suceder que a través de la imagen se agravia la intimidad de alguien, como el caso que se fotografiara un acto íntimo, pero si sólo capta la imagen sin que ello ponga en evidencia aspectos íntimos de la persona, pero [sic] su utilización sin el consentimiento significa un ataque al derechos [sic] a la imagen.

De manera similar, uno de los pilares de Estados Unidos es lo que se conoce como *freedom of expression* (libertad de expresión), garantizada por la Primera Enmienda de la Constitución, la cual prohíbe la intervención gubernamental en la prensa. Asimismo, la *freedom*

of speech (libertad de hablar), prohíbe, entre otras cosas, la intervención gubernamental en las opiniones o ideas de las personas. En esa medida, a diferencia de Colombia, las Cortes en Estados Unidos siempre deben valorar la preponderancia de la *freedom of expression* sobre el Right of Publicity, el cual no tiene rango constitucional.

En Estados Unidos solo hay una ley federal, la Lanham (Trademark) Act de 1946, que parcialmente regula el Right of Publicity. Como esta ley trata el tema de marcas, se ha podido sostener que la imagen de una persona puede ser considerada como una marca personal y, por lo tanto, cualquier infracción puede llegarse a considerar una infracción marcaría (Williams, 2012, p. 4).¹² Igualmente, solo hay un tratado nacional que regula la materia: el *Restatement (Second) of Torts* de 1965 que dice:

El '*Right of Publicity*' es uno de los cuatro daños y perjuicios que nacen fuera del derecho a la vida privada, en la que una persona que se apropia del nombre o imagen de otro para su beneficio propio puede ser responsable de invasión de la privacidad del otro.¹³ (DuBoff, 2010, p. 254).

A nivel estatal, Nueva York es el estado precursor del Right of Publicity. En 1903 aprobó

12. Usualmente, solo se llega a considerar "marca" la imagen de una celebridad o persona famosa.

13. Texto original en inglés: "*The right of publicity is one of the four torts born out of the right of privacy, wherein a person who appropriates the name or likeness of another for his benefit may be liable for invasion of the other's privacy*" (Restatement (Second) of Torts, sec. 652C (1965) EN p. 254 DuBoff). [Traducción: "El derecho a la propia imagen es una de las cuatro responsabilidades civiles que se derivan del derecho a la privacidad, en el cual una persona que se apropie del nombre o semejanza de otro para su propio beneficio puede considerarse responsable de haber invadido la privacidad del otro."]

la Ley de Derecho Civil de Nueva York, que incluyó una ley de *publicity* que vedó el uso del nombre, retrato o imagen de cualquier persona viva sin el consentimiento previo para “fines publicitarios” o “para propósitos de comercio.” Esta ley cubre tanto el Right of Publicity como el Right of Privacy en sus secciones 50¹⁴ y 51.¹⁵

En Colombia las normas más relevantes para el derecho a la propia imagen, sea en forma directa o por su valor analógico, según el caso, son la Ley 23 de 1982 “sobre derechos de autor,” entre otras regulaciones de la propiedad intelectual; la Ley 1266 de 2008 “por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”; la Ley Estatutaria 1581 de 2012, “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de

datos personales”. Mientras la norma sobre derechos de autor constituye un régimen legal referido a derechos de carácter intelectual o incorporeal, que guarda cierto grado de identidad y similitud con la imagen, las últimas normas referidas son relevantes teniendo en cuenta que la imagen es un dato personal que debe hacer parte del derecho a la autodeterminación informática. Por lo tanto, la imagen de la persona se sujeta a los principios de uso y circulación de la información, desarrollados por las citadas disposiciones.

En efecto, más allá del carácter restringido a la información crediticia de la primera ley, ésta incorporó un concepto amplio de dato y consagró unos principios y reglas que de manera extensa tanto en su materia como en sus alcances han sido ratificados por la Ley 1581 de 2012, quedando por fuera de duda, a la luz de dichas disposiciones, que la imagen, por sus características biométricas, es información

14. Texto original en inglés: “Section 50: Right of Privacy/ A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor.” [Traducción: “Sección 50: Derecho a la privacidad/ Una persona, firma o corporación que utiliza para fines publicitarios, o para propósitos comerciales, el nombre, retrato o una imagen de cualquier persona viva sin haber obtenido consentimiento previo por escrito de dicha persona, o si es un menor el consentimiento de sus padres o tutor, es culpable de un delito menor.”]

15. Texto original en inglés: “Section 51: Action for injunction and damages/ Any person whose name, portrait, picture or voice is used within this state for advertising purposes or for the purposes of trade without the written consent first obtained as above provided may maintain an equitable action in the supreme court of this state against the person, firm or corporation so using his name, portrait, picture or voice, to prevent and restrain the use thereof; and may also sue and recover damages for any injuries sustained by reason of such use and if the defendant shall have knowingly used such person’s name, portrait, picture or voice in such manner as is forbidden or declared to be unlawful by section fifty of this article, the jury, in its discretion, may award exemplary damages (...).” Traducción: “Sección 51: Acción para reclamar daños y perjuicios/ Cualquier persona cuyo nombre, retrato, imagen o voz sea utilizado en este estado para fines publicitarios o para fines comerciales sin su previo consentimiento por escrito, como está estipulado arriba, podrá interponer una acción de equidad en la corte suprema de este estado contra la persona, empresa o corporación que usó su nombre, retrato, imagen o voz, para prevenir y reprimir el uso de los mismos; también podrá demandar y recuperar los daños por los perjuicios sufridos como consecuencia de tal uso, y si el demandado ha utilizado a conciencia el nombre, retrato, imagen de la persona o voz en la forma que está prohibido o declarado como ilegal por la sección cincuenta de este artículo, el jurado, a su discreción, podrá otorgar daños punitivos (...).”]

susceptible de ser protegida bajo los principios o estándares de las citadas normas (Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], 2013).

La Ley 23 de 1982 es particularmente relevante porque protege la publicidad de las obras. Si bien la propia imagen no es necesariamente una obra, resulta valioso retener que el autor de una obra, al igual que lo que ocurre con el titular de un dato personal, debe dar su autorización para el uso o reproducción de esta (art. 15). Así, frente al derecho a la propia imagen, que constituye un derecho fundamental sea por la aplicación directa de estas disposiciones cuando ello sea factible, ora por analogía, se impone extenderle un mismo estándar de protección.

Dado que hoy en día hay tanta difusión de imágenes por Internet y las redes sociales, se puede llegar a pensar que no es necesario contar con el consentimiento de un tercero antes de difundir su imagen. Si bien siempre se debe contar con una autorización expresa para evitar problemas, para efectos prácticos, el peligro de violar el derecho a la imagen sucede cuando esta se va a utilizar para la promoción, venta o realización de una actividad económica. Por lo tanto, si se va a utilizar la imagen de un tercero para fines lucrativos, se debe suscribir un contrato de cesión de imagen.

Un contrato de cesión de imagen es un documento, o una declaración verbal, donde se definen las condiciones sobre las cuales se cede el derecho a la imagen, es decir, tiempo, lugar y usos. La cesión puede ser gratuita o a cambio de una contraprestación económica, lo

cual depende de la negociación entre las partes. La duración de la cesión de derechos depende del uso que se le dará a la imagen. Sin embargo, dado que es habitual que la imagen se difunda por Internet, es recomendable que la duración sea lo más larga posible y se defina que la cesión de derechos es a nivel mundial, para no tener que renegociar las condiciones de la cesión cada periodo finalizado.

Por otro lado, la Ley 1581 de 2012, en su artículo 5, explícitamente considera a la imagen como un dato biométrico y, por lo tanto, como un dato sensible, que merece una protección más estricta, pues

se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico (...) así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.

La doctrina reiterativamente establecida por la jurisprudencia colombiana describe una línea uniforme que reconoce el carácter iusfundamental de la imagen y la vincula a otros derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida privada, a la autodeterminación, al honor, al buen nombre y a la intimidad, sin dejar de lado, como se dijo anteriormente, que es un derecho autónomo y personalísimo.

La primera sentencia colombiana que se refirió a la protección de la información como dere-

cho fundamental fue la T-414 de 1992. Esta protección se extiende a la imagen personal pues, como se dijo en esta sentencia, “el dato que constituye un elemento de la identidad de la persona (...) sirve para identificarla a ella y solo a ella”. Luego, en la Sentencia T-090 de 1996, la Corte sostiene: “El derecho a la propia imagen por ser inseparable de la persona y emanación directa de ésta, queda dentro del ámbito de protección que determina el artículo 14 de la C.P.” Asimismo, en la Sentencia T-439 de 2009, reitera que “la protección de la propia imagen, junto con la de la intimidad y el honor, hacen parte de los llamados derechos personalísimos”, idea que vuelve a mencionar en la Sentencia T-634 de 2013.¹⁶ La ventaja de esta posición es que le proporciona una protección amplia al derecho a la imagen.¹⁷

II. EFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

La Corte Constitucional se refirió a este tema, así:

La efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada

con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. (T-068/1998, A, Martínez).

El debate teórico existente sobre el derecho a la propia imagen se divide entre la tendencia patrimonial y la tendencia constitucional. Se debe analizar, entonces, cuál es la más eficiente para proteger el derecho a la propia imagen, o considerar la posibilidad de sugerir una mezcla entre las dos aproximaciones. El autor que mejor plantea el debate es Barnett (1999), quien compara la protección a la imagen personal en Estados Unidos y España. Dado que España, al igual que Colombia, tiene una protección constitucional a la imagen, la siguiente conclusión de Barnett resulta relevante:

En general, si bien los resultados en ambas jurisdicciones son similares, las cortes españolas tienen un enfoque basado en un análisis “caso a caso”, que depende de los hechos específicos de cada caso, a diferencia de los tribunales americanos. El enfoque de los tribunales americanos es más categórico, pues se pregunta si el uso es “comercial” [...] Dado que el enfoque español es más propenso a depender en los hechos del caso, la ley española parece ofrecer una menor protección.¹⁸ (Barnett, 1999, p. 571).

16. “Para resolver el problema planteado y las cuestiones conexas, la Sala adoptará la siguiente estructura de argumentación (i) hará referencia a la jurisprudencia constitucional en materia del derecho a la propia imagen como derecho autónomo, así como a los aspectos centrales relativos a los derechos al buen nombre, honra e intimidad” (CConst., T-634/2013, M. Calle).

17. Esta misma posición también la sustenta la doctrinante rumana Liliana Marilena Manuc (2012), quien argumenta que si se vincula la imagen personal a la dignidad humana, en vez de al derecho a la privacidad, se le puede dar una protección más amplia.

18. Texto original en inglés: “In general, while the results reached in the two jurisdictions in these cases are similar, the Spanish courts seem to take more of a “case by case” approach, heavily dependent on the facts of the case, than do the American

En Estados Unidos la mayoría de estados, incluidos Nueva York y California, consagran acciones judiciales para proteger el derecho a la propia imagen. En Colombia todavía no hay una acción específica, así que siempre se debe acudir a la tutela para proteger este derecho y, por supuesto, se tiene abierta la alternativa de las acciones tendientes a obtener la reparación de los perjuicios, las que caben en el ámbito civil, administrativo y penal, si la vulneración al derecho encaja dentro de una conducta tipificada por el ordenamiento penal.

Como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucional en varias ocasiones ha dicho que la protección al derecho a la imagen en Colombia se da por la misma vía que la protección a un derecho fundamental, así que se deben probar los daños morales para obtener una posible compensación económica. En otras palabras, se debe hacer un análisis caso a caso frente a una difícil realidad: no existen estándares judiciales unificados y el accionante se enfrenta a una enorme carga probatoria.

La Corte Constitucional dictaminó en la Sentencia T-322 de 1996:

Es necesario en la presente tutela precisar cuál es la entidad de derechos fundamentales como la honra, honor, imagen, intimidad no tanto en relación con todas las personas, cuanto en referencia a quienes por especia-

les 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. Lo que hay que dilucidar es hasta dónde puede llegar esa invasión en el ámbito de la privacidad.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el amparo constitucional es

una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo” (artículo 86 de la Constitución Política), a fin de *“garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible”* (artículo 23 del Decreto 2591 de 1991). (Civil, 5 ago. 2014, A. Salazar). [Cursivas en el original].

El estándar para que un accionante obtenga compensación por daños punitivos es diferente en New York y California. En el primero podrá obtenerla cuando se pruebe que el accionado utilizó con conocimiento de causa la identidad del accionante. De acuerdo con el estatuto de California que regula los daños punitivos, el tribunal “puede” otorgarlos si se cumple con el requisito del California Civil Code de probar ‘opresión, fraude o malicia’ de parte del accio-

tribunals. The approach of the American tribunals is more categorical, asking if the use is “commercial” [...] Because the Spanish approach is more likely to depend on the facts of the case, the Spanish law seems slightly less protective.” (Barnett, 1999, p. 571).

nado (Borchers, 2010, p. 542). En uno y otro caso, es claro que el juez tiene un mecanismo de control para preservar la función y utilidad de los daños punitivos, de modo que se decreten en favor de quien genuinamente merece la reparación asociada a esta forma de castigo, y que su existencia se limite a incentivar acciones serias y no reclamaciones triviales motivadas únicamente por el ánimo de obtener una recompensa económica. El incremento de la litigiosidad es aceptable si constituye un reflejo de la protección efectiva del derecho, no así cuando lo motiva el mero oportunismo.

En relación con el curso de acción para proteger la imagen en Estados Unidos, y repitiendo una mención anterior, el Restatement (Second) of Torts de 1965, según DuBoff (2010), establece:

El 'Right of Publicity' es uno de los cuatro daños y perjuicios que nacen fuera del derecho a la vida privada, en la que una persona que se apropia del nombre o imagen de otro para su beneficio propio puede ser responsable de invasión de la privacidad del otro.¹⁹

En Colombia, para acceder a cualquier compensación, la víctima debe probar el daño emergente y el lucro cesante. Henao (1998)

y Velásquez (2009) analizan el daño y la responsabilidad civil. Sus conclusiones permiten delimitar el alcance de la protección que se le puede dar a la imagen personal en Colombia dentro de la responsabilidad civil. Como bien establecen ambos autores, cualquier remuneración posible a la víctima se debe dar después de un análisis probatorio caso a caso.²⁰ Trasladando esas reglas base a la responsabilidad generada por la violación al derecho a la propia imagen, más allá de establecer únicamente la responsabilidad civil se debe probar que dicha violación ocasionó daños morales y lucro cesante (que difícilmente se puede probar si el titular de la imagen no es famoso, y por lo tanto su imagen no tiene un valor económico en sí). Aunque el daño moral se sujeta en su determinación al arbitrio del juez, esta depende en buen grado del acervo probatorio.

Desde un punto de vista económico, la eficiencia consiste en disponer de los recursos económicos de tal forma que su valor sea maximizado (Posner, 1977). Jurídicamente, la eficiencia se refiere a la idoneidad de una norma para solucionar conflictos socioeconómicos. Al respecto, en una sociedad hay individuos con más recursos y poder que otros. Las normas jurídicas buscan regular dicha desigualdad al prohibir acciones "que permiten que algunos

19. Texto original en inglés: "The right of publicity is one of the four torts born out of the right of privacy, wherein a person who appropriates the name or likeness of another for his benefit may be liable for invasion of the other's privacy" (Restatement (Second) of Torts, sec. 652C (1965) citado por DuBoff, 2010, p. 254).

20. "En lo relativo al daño a la persona, consistente de inmediato en un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptibles de traducirse en las anotadas consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos a la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto, es obvia la exigencia de demostración inicial de la específica ofensa de la que se asevera hanse desprendido las consecuencias cuya reparación se demanda" (CSJ Civil, 4 abr. 1968. CXXIV, p. 63).

causen daño a otros sin la obligación de compensarlos” (Hohfeld, 1968, p. 199). Frente al deber de reparar el daño, Hans Kelsen (2009), afirma: “La obligación de reparar el daño aparece, no solo cuando el ocasionar el daño es convertido en condición de una sanción, sino también cuando la no reparación del daño ocasionado contra derecho, es condición de la sanción” (p. 138). Asimismo, la Corte Suprema de Justicia se pronunció el 5 de agosto de 2014 y estableció que

la vulneración a un interés jurídico constitucionalmente resguardado no deja de ser resarcible por el hecho de no tener consecuencias en la afectación de otros bienes como el patrimonio (...) solo debe negarse su reparación cuando se subsume en otro tipo de perjuicio o se identifica con él, a fin de evitar un pago múltiple de la misma prestación.

La no sanción a la violación al derecho a la propia imagen es una sanción en sí para la sociedad. Si realmente no hay incentivos para proteger este derecho, pese a las deficiencias del sistema, habrá cada vez más y más casos, generando no solo un sobre costo al sistema judicial colombiano, sino que se incrementará el número de violaciones que no serán llevadas a los tribunales, ocasionando un déficit de protección en uno y otro evento. Este sobre costo se podría evitar si las sanciones desincentivan la violación del derecho mencionado. La Corte Suprema de Justicia ha establecido que para que la protección a la imagen sea eficiente se debe “delimitar la extensión del resarcimiento; es decir que se debe discernir entre los padeci-

mientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella” (sentencia de 5 de agosto de 2014).

En Estados Unidos, los costos de los casos de violación al Right of Publicity dependen de muchas variables que son diferentes para cada situación: los hechos, los temas, los plazos de tiempo y los calendarios de los tribunales. Si llega a Corte, uno de estos casos puede demorar más de un año y llegar a costar cientos de miles de dólares. En el sistema judicial estadounidense la fase de descubrimiento de hechos, en estos casos, puede ser larga, compleja y costosa. Las audiencias para obtener una medida cautelar judicial son parte de la fase de descubrimiento. Estas son como juicios cortos que también cuestan aproximadamente 100 mil dólares, demoran varios días y se llevan a cabo unas semanas después de que se abre el caso (Reichmann, 2014, p. 157). Así mismo, existe una mayor conciencia sobre las consecuencias de tales casos, lo que incide en que junto a la protección judicial haya una amplia práctica de conciliación por fuera de los estrados judiciales (*settlements*).

III. ANÁLISIS DE CASOS: JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN ESTADOS UNIDOS Y EN COLOMBIA

A. Casos de Estados Unidos

El único caso de Right of Publicity que ha llegado a la Corte Suprema de EE. UU. ha sido *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting*. Si bien

este caso es sobre un personaje relativamente famoso,²¹ vale la pena mencionarlo por ser el único fallo sobre el Right of Publicity que afecta a todo el territorio de Estados Unidos. En él la Corte decidió respecto a si Zacchini, un reconocido “hombre bala”, tenía derecho a impedir que la filmación de su acto saliera en las noticias locales. El demandante argumentó que el interés o deseo por ver su espectáculo disminuiría y el público potencial no pagaría si este aparecía en la televisión sin costo alguno. En la decisión escrita por el juez Byron White, la Corte favoreció el Right of Publicity de Zacchini y mencionó estas consideraciones: protección a la remuneración del artista y el interés por generar “un incentivo económico para hacer la inversión necesaria para producir una actuación de interés público.”

En la nota 12 a pie de página del fallo, el juez White dispone:

Es posible, por supuesto, que el noticiero del accionado haya aumentado el valor del acto del accionante al estimular el interés del público de ver el acto en directo. En estas circunstancias, el accionante no sería capaz de probar los daños y por lo tanto no recibiría indemnización. Pero el accionante ha alegado que la emisión le causó un detrimento de \$25,000, App. 5, y creemos que el Estado

debe poder autorizar la compensación de este daño si este es demostrado.²²

Un caso hito para la Corte Suprema de California fue *Shulman v. Group W Prods., Inc.* Los hechos son los siguientes: Ruth Shulman y su hijo no eran figuras públicas hasta que fueron víctimas de un accidente automovilístico que dejó parapléjica a Ruth. Debido a la posición del automóvil los rescatistas usaron un helicóptero para sacar a las víctimas del área. La enfermera llevaba un micrófono que usó para grabar la voz de Ruth Shulman en el lugar del accidente y luego dentro del helicóptero, sin su conocimiento o consentimiento. También los rescatistas iban acompañados por el camarógrafo de una *reality show* que filmó el rescate y partes del traslado de las víctimas, sin su conocimiento o autorización. Tres meses después de lo ocurrido y mientras Ruth Shulman aún permanecía en el hospital, las escenas salieron al aire y por primera vez ella supo que había sido filmada y su voz grabada. El tribunal sostuvo que “el contenido de la publicación o difusión sólo están protegidas si tienen ‘alguna relevancia sustancial al interés público legítimo’.” La Corte consideró que las conversaciones y filmaciones dentro del helicóptero habían sido una intrusión a la privacidad de los demandantes, y que prima el derecho de privacidad aunque la noticia sea importante. Las filmaciones y grabaciones he-

21. Recuérdese que el enfoque de este trabajo es la protección de la imagen de personas no famosas.

22. Texto original en inglés: “*It is possible, of course, that respondent’s news broadcast increased the value of petitioner’s performance by stimulating the public’s interest in seeing the act live. In these circumstances, petitioner would not be able to prove damages and thus would not recover. But petitioner has alleged that the broadcast injured him to the extent of \$25,000, App. 5, and we think the State should be allowed to authorize compensation of this injury if proved.*”

chas al aire libre, sin embargo, se consideraron como algo público ya que cualquier persona que estuviera pasando por la zona podría verlo ocurrido.

En cuanto a la compensación económica de este caso la Corte no se pronunció; optó por devolver el expediente al tribunal de primera instancia. Finalmente, se llegó a un acuerdo económico confidencial entre *Shulman y Group W Productions Inc.* (Lewis, 2010, p. 81), por un monto satisfactorio para ambas partes.

En los casos mencionados, las decisiones recientes han puesto a prueba el valor periodístico con respecto a estas personas particulares, evaluando la relación lógica o nexos, o la falta de estas, entre los eventos o actividades que llevaron a la persona ante los ojos del público y los hechos particulares descritos.

Esta cadena de pensamiento ha trascendido a la era del Internet. El 31 de octubre del 2006 Nicole Catsouras, de 18 años, falleció por decapitación en un accidente automovilístico. Su cuerpo quedó mutilado de forma tan atroz que los patrulleros del California Highway Patrol (CHP) no dejaron que la familia se acercara a verla. Aprovechando que era el día de Halloween, dos empleados del CHP enviaron nueve de las imágenes del accidente, tomadas por los patrulleros, a familiares y amigos, sin el consentimiento o conocimiento de la familia. En pocos minutos 2,500 lugares en Internet tenían las fotos del cadáver de Nicole. En el caso *Christos Catsouras, et al., v. Department of the California Highway Patrol, et al.*, si bien el tribu-

nal de primera instancia falló a favor del CHP, el tribunal de segunda instancia consideró que las fotografías eran “morbosas y sensacionalistas” y “carentes de interés público legítimo.”

Por primera vez en el estado de California se encontró que los familiares de un fallecido tienen derecho a su propia privacidad sobre las imágenes de la persona fallecida, dentro de los límites de las regulaciones de dicho estado. Este derecho les permite bloquear la distribución de fotos morbosas *post mortem* del ser querido. Como prevención a la condena que iba a imponer la Corte, en enero de 2012, antes de volver al tribunal, el CHP y la familia Catsouras llegaron a un acuerdo, y la familia recibió una indemnización por daños, de aproximadamente \$2.37 millones de dólares.

En Nueva York, en el caso *D’Andrea v. Rafla-Demetrious*, se permitió que un hospital utilizara la fotografía de uno de sus residentes de medicina en un folleto de promoción al público, ya que se consideró que el uso de esta imagen era de poca importancia para los propósitos del folleto. Después de terminar la escuela de medicina, D’Andrea hizo un contrato por tres años como residente de medicina en el Hospital Metodista de Brooklyn, para entrenarse como médico especialista en radiología oncológica. En 1989, justo antes de cumplir los tres años del contrato y sin el lleno de los requisitos para recibir la certificación como especialista, D’Andrea se mudó al estado de Texas. En 1992 demandó al director del programa y al Hospital por no haber aprobado su programa de residente. En conjunto a esa re-

clamación también los acusó de violar su derecho a la privacidad al usar su foto en el folleto de reclutamiento para residentes nuevos que el hospital había publicado en 1989. La Corte consideró que el término para reclamar por la violación del derecho ya se había vencido, pero reconoció su derecho a la privacidad y no permitió que el folleto se publicara otra vez en 1992, como planeaba hacer el hospital. Por lo tanto, no hubo lugar a compensación económica.

B. Casos de Colombia

La primera sentencia relevante del derecho a la propia imagen²³ fue la T-090 de 1996, relativa al caso *Deyanhira Pintos Gómez* contra *CENPRO T.V.* La accionante (*Deyanhira Pintos Gómez*) había permitido que *CENPRO T.V.* filmara su parto como un “homenaje a la vida”. Sin embargo, la filmación del parto fue utilizada en un programa que comparaba el “parto de los ricos (el de ella) y el de los pobres, y no se realizó, como originalmente se había establecido, un homenaje a la vida” (CConst., T-090/1996, E, Cifuentes). Asimismo, *CENPRO T.V.* utilizó la imagen en tres programas diferentes, sin autorización de *Deyanhira*. La Corte Constitucional le concedió la tutela a la accionante y ordenó a *CENPRO T.V.* “cesar toda transmisión, exposi-

ción, reproducción, publicación, emisión y divulgación pública de las imágenes del parto de *Deyanhira Pintos Gómez*.” Igualmente, pidió a la Comisión Nacional de Televisión, sancionar la transmisión de este video “si encuentra mérito para hacerlo”. No hubo ninguna compensación económica a la víctima, a pesar del lucro obtenido por *CENPRO T.V.* al utilizar la imagen, y ni siquiera hubo certeza de una posible sanción económica a *CENPRO T.V.*

Otra sentencia relevante es la T-439 de 2009, que podemos denominar como el caso *María contra Caracol Televisión S. A. y Publicaciones Semana S. A.* *María* era una trabajadora sexual que concedió una entrevista filmada a una periodista, en 1996, con la condición de que distorsionaran su voz y su rostro cuando saliera en televisión. Doce años más tarde, ignorando la condición original de la entrevista, la filmación apareció como parte del documental *Colombia Vive - 25 años de resistencia*, publicado por *Caracol Televisión S. A.* Esto afectó el derecho a la intimidad, a la honra y al buen nombre de la actora, sobre todo porque varios de sus conocidos no estaban enterados sobre su antigua profesión.²⁴ La Corte, en este caso, ordenó la indemnización de los perjuicios y del daño emergente causado a la accionante y a su familia, con este acto lesivo a sus derechos tutelados.

23. Las sentencias T-471/1994 y T-322/1996 podrían llegarse a considerar que tratan el derecho a la propia imagen. Sin embargo, ambas se ocupan primordialmente del derecho al honor y al buen nombre, respectivamente.

24. Corte Suprema de Justicia (5 de agosto de 2014): “El daño a la vida de relación, por su parte, que en nuestra jurisprudencia ha adquirido un carácter distintivo, ajustado a las particularidades de nuestra realidad social y normativa, fue ampliamente desarrollado en la Sentencia de 13 de mayo de 2008, en la que se dejó sentado que “es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad

La Corte Suprema de Justicia, en su fallo del 13 de diciembre de 2002 (M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno), reiterando la posición de otros casos especialmente ligados a la afectación de la honra y buen nombre, estableció unos estándares para poder obtener una compensación económica en caso de una violación al derecho a la propia imagen. Para comprender dichas condiciones se debe analizar el caso cuidadosamente.

El abogado Gabriel Enrique Torres Gaona, demandante, se encontraba con dos clientes registrando una escritura en una notaría de Bogotá, cuando los tres fueron arrestados por orden de la Fiscalía. Dos días después el equipo del Noticiero QAP filmó a Torres Gaona con sus clientes, detenidos en la estación de policía. El noticiero QAP mostró la filmación en la emisión del 6 de abril de 1993 y en otras dos fechas ese mismo año. El reportero Víctor Javier Solano identificó al demandante como jefe de una banda de estafadores de finca raíz. En el momento de hacer la filmación el demandante llevaba dos días detenido, pero todavía no había sido “vinculado formalmente a investigación”. El 7 de abril Torres Gaona fue puesto en libertad y desvinculado del proceso criminal. La noticia causó graves contrariedades al abogado y a su familia. El noticiero nunca rectificó su error.

Como consecuencia del daño emocional que sufrieron por la emisión del noticiero, Torres Gaona, su esposa e hijos solicitaron compensación por perjuicios morales. El abogado también solicitó compensación por daño emergente y lucro cesante. El monto solicitado a favor de Gabriel Enrique Torres fue “la suma de \$500.000 por concepto de daño emergente y \$90’000.000 por concepto de lucro cesante (...) y una suma equivalente a 1.000 gramos oro por concepto de perjuicios morales para cada uno de los nombrados demandantes” (CSJ Civil, 13 dic., 2002, S. Trejos). En segunda instancia, la Sala de Casación Civil determinó que los demandantes sufrieron perjuicios morales pero no reconoció los perjuicios materiales en razón de deficiencias de carácter probatorio. Para la Corte, los argumentos y pruebas allegadas o practicadas respecto de estos daños no pasaron de arrojar la suposición de un daño “meramente hipotético”.

De esta decisión surgen dos requisitos para tener éxito en la solicitud de la compensación económica por una violación al derecho a la imagen. En primer lugar, debe haber una “una demostración efectiva de los daños materiales” y, en segundo lugar, la acreditación de un “nexo causal que ligue la noticia (el evento que causa el perjuicio) con las consecuencias patrimoniales que aducen los demandantes.”²⁵ (CSJ Civil, 13 dic., 2002, S. Trejos).

social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño —patrimonial o extrapatrimonial— que poseen alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad...” (Exp.: 1997-9327-01). [Se subraya].”

25. La Corte Suprema de Justicia (5 de agosto de 2014) ha señalado que “el énfasis en los daños patrimoniales ha opacado la de los daños asociados a violaciones de derechos como el de la imagen, buen nombre, honra, los que constituyen un daño

En este caso, el abogado tenía unas expectativas de ingresos futuros pero esto no fue suficiente para otorgarle compensación por lucro cesante, ni para determinar un daño emergente asociado a la pérdida de oportunidad. Su prueba de daño se “califica apenas en la categoría de incierto, en tanto se basa en simples conjeturas” (CSJ Civil, 13 dic., 2002, S. Trejos). Con este razonamiento la Corte Suprema de Justicia abrió la puerta para que en casos futuros los demandantes puedan recibir este tipo de compensación, si logran cumplir correctamente con la carga de la prueba.

Lamentablemente para los demandantes, la compensación otorgada no estuvo ni cerca del monto solicitado: se condenó

a los demandados, solidariamente, a pagar, a la ejecutoria de esta sentencia, por concepto de perjuicio moral subjetivo, la suma de \$10'000.000 en favor del demandante Gabriel Enrique Torres Gaona; la suma de \$5'000.000 a favor de Mary Landínez de Torres; y la suma de \$2'000.000 para cada uno de los demandantes Gabriel Enrique, María Andrea y Alexandra Torres Landínez. (CSJ Civil, 13 dic., 2002, S. Trejos).

Recientemente parece registrarse un quiebre en la jurisprudencia de la Corte sobre la materia, con ocasión de un caso especialmente ligado al buen nombre, derivado del reporte negativo indebido y mantenimiento de unos clientes financieros en bancos de datos (CSJ Civil, 5 ago. 2014, A. Salazar). Este antecedente no disminuye el rigor de la carga de la

prueba en lo que atañe a los perjuicios materiales, pero destaca el lugar preponderante de los derechos fundamentales y personalísimos en el ordenamiento colombiano. A partir de esta consideración, deslinda la lesión como tal a derechos como la honra, buen nombre e imagen, de la función reparatoria del denominado daño moral, que repara apenas una consecuencia de dicha vulneración. De esta manera, el daño moral constituye apenas uno de los elementos del denominado daño extrapatrimonial, que comprende como daño especial o autónomo la lesión al derecho subjetivo. La determinación de uno y otro daño se sujeta al arbitrio del juez. Como quiera que el daño a la imagen puede tener una trascendencia económica, el juez debe procurar evitar una doble indemnización. No obstante, advierte la Corte que la filosofía de los daños materiales, frente a los que se predica su indemnización, no pueden ser fuente de enriquecimiento. Otra muy distinta, la que anima a los daños patrimoniales cuya función no es resarcitoria.

Este antecedente puede abrir la posibilidad a que, por vía de los perjuicios extrapatrimoniales, se pueda llegar a obtener un efecto similar al de los daños punitivos, sin que para el efecto deba renunciarse a los principios que caracterizan el derecho a la imagen en el paradigma constitucional.

Para entender la importancia de que la normativa colombiana incluya el concepto de daños punitivos en la resolución de casos, resulta relevante el primer fallo que involucró a Facebook en Colombia: la Sentencia T-634 de 2013

de la Corte Constitucional. *Julia*²⁶ trabajó dos meses para una empresa de masajes, lapso durante el cual hizo parte de un *photoshoot* para promocionar los servicios de la empresa. Cuando renunció el 26 de noviembre de 2012, Julia solicitó a la empresa que se eliminaran de Facebook las fotos en las que aparecía su imagen. Casi un año después, la Corte Constitucional finalmente²⁷ ordenó a la empresa “retirar de la red social Facebook y de cualquier otro medio de publicidad las imágenes de la actora... [y remitir] copias de esta providencia a Facebook para su información”. Igualmente, la Corte afirmó en el mismo fallo: “Tampoco es razonable ni ajustado a la Carta, que la autorización [del uso de las fotos por parte del titular] implique una renuncia a otros derechos fundamentales, como la dignidad humana o el buen nombre”.²⁸ El caso de esta sentencia demuestra lo difícil que es impedir que se publique o se mantenga la imagen de una persona sin su consentimiento.²⁹

Más aún, demuestra la dificultad y la demora del proceso al que debe acudir la víctima. Claramente, en muchos casos no puede haber un avalúo patrimonial de la imagen de una persona no famosa, y como en Colombia prácticamente no hay consecuencias patrimoniales para el infractor, no hay suficiente incentivo para respetar el derecho a la propia imagen. En el caso de Julia, tomó casi un año³⁰ para que se retiraran las fotografías de la red y no hubo compensación económica por el uso de esa imagen por parte de una empresa, pues sus derechos fundamentales ya habían sido restituidos.

En Colombia, las personas no famosas tampoco tienen derecho a compensación económica si no logran probar daños y perjuicios, aun si el demandado obtuvo un beneficio económico por su uso. En abril del 2012, la SIC resolvió el caso de competencia desleal de *Patricia López Ruiz v. Yanbal S. A. y Casa Editorial el Tiempo*.

extra patrimonial diferente al daño moral y señala que frente a este tipo de daños no cabe la consideración que listaba las indemnizaciones so pretexto de evitar el enriquecimiento”.

26. En la Sentencia T-634 de 2013, donde se resuelve el caso referido, no se publica el nombre verdadero de la accionante para proteger su privacidad.
27. En primera instancia, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Bucaramanga el veintiocho (28) de enero de dos mil trece (2013), y en segunda instancia, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga inadmitieron la demanda.
28. Corte Suprema de Justicia (5 de agosto de 2014): “Son especies de perjuicio no patrimonial —además del daño moral— el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales.”
29. La actora había dado su consentimiento a la toma de las fotos e incluso a su publicación, pero en un contexto (relación laboral, ausencia de información suficiente) y con unos alcances temporales que llevaron a la Corte a estimar que dicho consentimiento no cubría los usos que se le pretendió dar a la autorización.
30. Julia solicitó el retiro de las fotos en noviembre del 2012, y la Corte Constitucional se pronunció el 13 de septiembre del 2013. Como dicen los hechos del caso, “para la fecha de la interposición de la acción de tutela, las fotografías seguían publicadas en el perfil de la empresa en la red social Facebook. Expresa la accionante que esta situación ha perjudicado gravemente su vida íntima y social y le ha ocasionado controversias e inconvenientes familiares y personales.” (CConst., T-634/13, M. Calle).

La imagen de la ex reina de belleza se utilizó sin su autorización para publicitar un producto de belleza. La Casa Editorial El Tiempo sostuvo que el anuncio no buscaba demostrar que Patricia López recomendaba el uso del producto, sino simplemente anunciar al público la existencia del producto.

La SIC concluyó que la Casa Editorial El Tiempo “incurrió en la conducta desleal de explotación de reputación ajena en los términos del artículo 15 de la Ley 256 de 1996, pues aprovechó en beneficio ajeno (de Yanbal)” (SIC, 2012) y “las ventajas de la reputación (...) profesional adquirida por otro [Patricia López Ruiz] en el mercado” (SIC, 2012). A pesar de esta conclusión, Patricia López Ruiz no recibió ninguna compensación, pues la SIC encontró que la demandante no sufrió daños ni perjuicios, pues el uso de su imagen por parte de Yanbal no afectó su posibilidad de conseguir futuros contratos de utilización de su imagen. La única consecuencia para la Casa Editorial El Tiempo fue la orden de “abstenerse de utilizar la imagen de Patricia López Ruiz en sus notas editoriales con fines publicitarios, siempre que no cuente con la debida autorización para tal efecto” (SIC, 2012).

En Estados Unidos esta decisión sería inconcebible, pues la Casa Editorial El Tiempo y Yanbal obtuvieron beneficios económicos al utilizar la imagen de Patricia. Esto demuestra que en Colombia no solo están desprotegidas las personas no famosas sino también aquellas cuya imagen intrínsecamente tiene un valor económico vinculado a su imagen.

IV. CONCLUSIONES

Se debe reconocer que un proceso para proteger el derecho a la propia imagen en Estados Unidos, si bien toma menos tiempo en resolverse, puede llegar a ser mucho más costoso que en Colombia. Sin embargo, lo anterior se compensa con los resultados cuando se acude a la vía judicial y con el incentivo que esta forma de litigiosidad genera en relación con la vía de la conciliación extrajudicial. En Colombia, país en el que el tema se aborda desde un paradigma diferente al patrimonial, ha habido casos en los que la víctima ha obtenido algún tipo de compensación económica. No obstante, a la dificultad de demostrar los perjuicios materiales, se suma el especial conservadurismo de los jueces colombianos al decretar perjuicios morales. La protección de estos derechos en Colombia sería mucho más efectiva si se adoptaran algunos elementos del sistema patrimonial, en el que la imagen siempre tiene o conlleva un valor económico. La posibilidad de recibir resarcimiento por daños punitivos compensaría el costo de los abogados y redundaría en una protección más efectiva del derecho.

A manera de conclusión, debe decirse que la tendencia patrimonial del derecho a la imagen, hasta ahora, ofrece una mayor protección, considerando que una “mayor” protección es aquella en que la víctima obtiene la mayor recompensa con menor esfuerzo, pero como se acaba de comentar, en la *ratio decidendi* de la providencia destacada del 2002, de la Corte Suprema de Justicia, se abre un umbral que, de recorrerse, puede traducirse en la realiza-

ción del mandato constitucional hasta ahora incumplido de asegurar la mayor efectividad del derecho a la propia imagen.

Referencias

1. Azurmendi, A. (1998). *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información* (Segunda ed.). México, D. F.: Universidad Iberoamericana, Fundación Manuel Buendía.
2. Barnett, S. (1999). The Right to One's Own Image: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain. *The American Journal of Comparative Law*, 47(4). Obtenido de jstor: <http://www.jstor.org/stable/841069>
3. Borchers, P. (2010). Punitive Damages, Forum Shopping, and the Conflict of Laws. *Louisiana Law Review*, 70(2), 528-554. Obtenido de digitalcommons: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6318&context=lalrev>
4. Cifuentes, S. E. (1992). *Elementos de derecho civil. Parte general* (Tercera ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
5. California Civil Code. (1972).
6. Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
7. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-414 de 1992 (M. P.: Ciro Angarita Barrón; junio 16 de 1992).
8. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-471 de 1994. (M. P.: Hernando Herrera Vergara; octubre 26 de 1994).
9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-090 de 1996 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; marzo 5 de 1996).
10. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-322 de 1996 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero; julio 23 de 1996).
11. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-068 de 1998 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero; marzo 5 de 1998).
12. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-391 de 2007 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; mayo 22 de 2007).
13. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-439 de 2009 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; julio 7 de 2009).
14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-634 de 2013 (M. P.: María Victoria Calle Correa; septiembre 13 de 2013).
15. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Casación Civil Ref.: 11001-3103-012-1999-01957-01 (M. P.: William Namen Vargas; abril 4 de 1968).

16. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Casación Civil. Referencia: Expediente No. 7692 (M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno; diciembre 13 de 2002).
17. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC10297-2014 (M. P.: Ariel Salazar Ramírez; agosto 5 de 2014).
18. *Christos Catsouras, et al., v. Department of the California Highway Patrol, et al.*, California Superior Court case number 07CC07817.
19. Dávila Pernas, L. D. (2010). Derecho a la propia imagen: ¿Derecho patrimonial o vertiente del derecho a la intimidad? *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*. Obtenido de pr.microjuris: http://pr.microjuris.com/ConnectorPanel/ImagenServlet?reference=/images/file/44_1RJUIPR137.pdf
20. *D'Andrea v. Rafla-Demetrious* 972 F. Supp. 154 (SDNY 1997). (August 5, 1997).
21. Decreto 2591 de 1991 [Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones]. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diciembre 18 de 1990.
22. De Carreras Serra, L. (2003). *Derecho español de la información*. Barcelona: Editorial UOC.
23. DuBoff, L., Burr, S. y Murray, M. (2010). *Art Law: Cases and Materials*. New York: Aspen Publishers.
24. Gardner, B. A. y Campbell, H. (2014). *Black's Law Dictionary* (Tenth ed.). St. Paul, MN: Thompson Reuters.
25. *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.* 202 F. 2d 866 (2º Cir. 1953). (March 20, 1953).
26. Henao, J. C. (1998). *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
27. Hohfeld, W. N. (1968). *Conceptos jurídicos fundamentales*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
28. Hopkins, K. (1983). *Death and Renewal. Sociological Studies in Roman History* (Vol. 2). Cambridge: Cambridge University Press. Obtenido de books.google: https://books.google.com.co/books?id=pTZMCKs0tWUC&pg=PA255&lpg=PA255&dq=ius+imaginationum&source=bl&ots=8X0eZOsi7W&sig=BM7oneOTkgZEHXIHhHce_XA4jDM&hl=es&sa=X&ved=0a hUKEwiwtu66-KvJAhUDLSYKHVK4A8E-Q6AEIQDAL#v=onepage&q=ius%20imaginationum&f=false
29. Jaramillo Sierra, I. C. y Alfonso Sierra, T. (2008). *Mujeres, Cortes y medios: la re-*

forma judicial del aborto. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

30. Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho* (Décimosexta ed.). México: Editorial Porrúa.
31. Lewis, A. (2010). The First Annual Symposium of the Masterman Institute on the First Amendment and the Fourth Estate. *Suffolk University Law Review*, 79-81. Obtenido de *suffolklawreview*: http://suffolklawreview.org/wp-content/uploads/2013/01/Lewis_Lead_WDF_PageProof_.pdf
32. Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor. Enero 28 de 1982. Recuperado el 3 de marzo de 2014 de *alcaldiabogota*: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431> http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1266_2008.html
33. Ley Estatutaria 1581 de 2012. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Octubre 17 de 2012. DO N.º 48.587. Recuperado el 7 de abril de 2014 de *secretariasenado*: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html
34. Manuc, L. M. (2012). The Right to Self Image: The Consent Given to Create or Use a Person's Image in the New Civil Code. General Considerations. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*. Obtenido de *questia*: <https://www.questia.com/read/1P3-3020151411/the-right-to-self-image-the-consent-given-to-create>
35. Margolis, S. E. (1977). Two Definitions of Efficiency in Law and Economics. *The Journal of Legal Studies*, 16(2). Obtenido de *jstor*: <http://www.jstor.org/stable/724356>
36. Morales Godo, J. (1995). *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima: Editora y Distribuidora Jurídica Geijley Eirl.
37. Posner, R. (1977). *Economic Analysis of Law* (Second ed.). Boston: Little, Brown.
38. Reichman, J. (2014). *Right of Publicity 2015* (Fifth ed.). London: Getting the Deal Through. Obtenido de *gettingthedealthrough*: <https://gettingthedealthrough.com/area/45/jurisdiction/23/right-publicity-2014-united-states/>
39. Rubin, P. H. (1977). Why is Common Law Efficient? *The Journal of Legal Studies*, 6(1), 51-63. Obtenido de *jstor*: <http://www.jstor.org/discover/-10.2307/-724189?uid=3737808&uid=2479102977&uid=2&uid=3&uid=60&sid=21104611406601>
40. *Shulman v. Group W Prods., Inc.*, 955 P. 2d 469 (Cal.1998). (June 1, 1998).
41. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2004). Resolución N.º 4987.
42. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 199. Procede la Superinten-

dencia de Industria y Comercio a decidir el proceso de competencia desleal promovido por Patricia López Ruiz contra Yanbal de Colombia S.A. y Casa Editorial El Tiempo S.A. (abril 30 de 2012).

43. Superintendencia de Industria y Comercio. (2013). Concepto. Radicación # 13-33980-1-0 Fecha: 2013-04-03. Respuesta a Alejandro Martínez.
44. The American Law Institute. (1977). Restatement (Second) of Torts of 1965. Recuperado de <http://www.tomwbell.com/Net-Law/Ch05/R2ndTorts.html>
45. Velásquez, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis. Warren, S. D. y Brandeis, L. D. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, 4(5), 193-220. Obtenido de English: <http://www.english.illinois.edu/-people/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>
46. Williams, T. M. (2012). *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43(a)(1)(B)*. New York: Oxford University Press.
47. *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977). (June 28, 1977).