

## EL CONTEXTO ACTUAL DEL DERECHO DE LA IMAGEN EN COLOMBIA

---

DIEGO FERNANDO GUZMÁN DELGADO\*

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. Ejemplo de ello son el guante de diamantes y las chaquetas militares que en su momento usó Michael Jackson, los cuales son empleados por sus imitadores para lograr una similitud. En este sentido, el derecho a la imagen es la facultad de su titular para disponer de esta. Sin embargo, su regulación se encuentra dispersa en el ordenamiento jurídico colombiano y por ello su análisis requiere hacerse desde diferentes perspectivas. Tradicionalmente, el tema ha sido abordado a partir del derecho de autor, la jurisprudencia constitucional y el régimen marcario. Pero a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1581 de 2012, el estudio de esta materia exige considerar a la imagen de las personas como un dato personal. Todo ello ha provocado que los requisitos de los contratos de licencia de uso de imagen dependan de normas aparentemente aisladas. En el presente documento se analiza cada uno de los regímenes normativos que han regulado el derecho a la imagen desde su aspecto sustancial, para luego complementarlo con los requisitos formales introducidos por el régimen de *habeas data*.

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia y especialista en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías de la misma universidad. LLM en Intellectual Property del Benjamin N. Cardozo School of Law (Nueva York, Estados Unidos). Se ha desempeñado como consultor de las delegaturas de Propiedad Industrial y de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, y como docente del Aula de Propiedad Intelectual de esa misma entidad. Actualmente es socio de la firma Grupo Legal Andino, donde dirige el área de Propiedad Intelectual y Protección de Datos Personales. Además es docente investigador del Departamento de Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [diego.guzman@uexternado.edu.co]. Fecha de recepción: 3 de marzo de 2016. Fecha de aceptación: 27 de julio de 2016. Para citar el artículo: Guzmán Delgado, D. F. El contexto actual del derecho de la imagen en Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 21, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2016, pp. 47-77. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/16571959.n21.03>.

## I. DERECHOS DE AUTOR

De la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993 se desprenden tres aspectos del derecho de imagen. Primero, el que se refiere a las personas naturales. Segundo, la protección de los personajes ficticios, la cual es susceptible de debate al no haber una norma que los proteja concretamente. Y tercero, los usos lícitos de la imagen de las personas en situaciones puntuales. En esta primera parte se analizan los tres aspectos cubiertos por el derecho de autor y su relevancia dentro de los contratos donde la imagen sea objeto de licencia.

### A. LA IMAGEN DE PERSONAS NATURALES

#### I. CONTENIDO DEL DERECHO

Tal como se indicó en la introducción, el retrato es la forma más representativa de la imagen de un individuo. Así pues, la Ley 23 introduce una regulación para su ejercicio en los siguientes términos:

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 83 de esta Ley. La persona que haya dado su consentimiento podrá revocarlo con la correspondiente indemnización de perjuicios.

Usualmente, el derecho es fundamentado a partir de este artículo. Pero debe destacarse que en él no se establece un derecho de explotación de la propia imagen, lo que indica es la facultad de impedir su uso por parte de terceros. Además, la norma sólo permite ejercer dicha prerrogativa cuando no existe un consentimiento expreso. De ahí se desprende que para el artículo el derecho de imagen consiste en la facultad de autorizar o prohibir el uso. En estos términos la autorización de uso de imagen consiste en una renuncia al derecho de impedir. Por lo tanto, su ejercicio requiere la suscripción de acuerdos con obligaciones de no hacer, toda vez que así el titular quedaría “obligado a no ejecutar [...] una actividad propia, de suyo lícita y para él libre”<sup>1</sup>, como lo sería el impedir el uso de su propia imagen.

La facultad de explotar económicamente el derecho a la propia imagen se deriva del artículo 88<sup>[2]</sup> de la Ley 23. En él se indica cómo resolver las controversias generadas cuando se requiere el consentimiento de varias personas para poner la

1. HINESTROSA, F. et al. *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*, 1, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 2003, pp. 226-227.

2. Ley 23 de 1982: “Artículo 88º.- 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”.

imagen en el comercio. Así las cosas, se trata del único artículo donde se relaciona al derecho a la imagen con su explotación económica. Además, resulta importante precisar que el derecho a la imagen no tiene un carácter colectivo para su ejercicio. Por lo tanto la interpretación del artículo 88 debe extenderse también a la facultad de explotación por parte del titular como individuo.

Así pues, sin hacer referencia específica al artículo 88, la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) consideró que “la utilización del retrato para fines comerciales no es libre y, por lo tanto, para su reproducción se requiere la autorización previa y expresa de la persona que aparece en él o de sus causahabientes”<sup>3</sup>. Esta interpretación es coherente con los artículos 87 y 88 por cuanto entiende que el alcance del derecho a la imagen abarca las facultades de explotarla económicamente y de impedir o autorizar su uso.

Adicionalmente, el derecho de imagen es puesto por encima de los derechos de autor de los fotógrafos y productores de obras audiovisuales de operaciones quirúrgicas u otras de carácter científico:

Artículo 90.- La publicación de las fotografías o películas cinematográficas de operaciones quirúrgicas u otras fijaciones de carácter científico serán [sic] autorizadas por el paciente o sus herederos o por [el] cirujano o jefe del equipo médico correspondiente.

En principio, el derecho a publicar una obra lo ejerce el autor como manifestación de sus derechos patrimoniales de reproducción y distribución<sup>4</sup>. Sin embargo, para las obras fotográficas y audiovisuales sobre operaciones quirúrgicas u otras de carácter científico se requiere de la autorización del paciente y/o del médico cirujano que en ellas aparezcan. Así pues, este artículo le da una mayor relevancia al derecho de imagen que al de autor cuando se encuentra en esta situación específica.

De otra parte, la Ley 1403 de 2010 –conocida como Ley Fanny Mikey– introdujo una regulación adicional frente al derecho a la imagen convirtiéndolo en un derecho conexo cuando hace parte de obras audiovisuales. Antes de esta ley que modificó a la Ley 23, el artículo 168 señalaba una limitación a los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes que autoricen la fijación de su interpretación en una imagen u obra audiovisual. Sin embargo, no era claro si se limitaba a las interpretaciones sonoras. Actualmente, el párrafo 3.º aclara que es “artista intérprete [...] quien interprete un papel principal, secundario o de reparto, previsto en el correspondiente libreto de la obra audiovisual”. Ello quiere decir que

3. MORA CUÉLLAR, MIGUEL ANTONIO. Concepto 1-2014-11493. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2014.

4. “Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:

“[...]”

- Publicación: Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra” (Decisión Andina 351 de 1993).

el titular del derecho a la imagen puede ser además titular de derechos conexos. Sin embargo, es necesario que su imagen sea fijada en una obra audiovisual, y que el papel desempeñado esté descrito en el libreto como un personaje principal, secundario o de reparto.

De conformidad con lo anterior, la persona que reúna estas condiciones adquiere los derechos morales a la paternidad e integridad, según lo establece el artículo 35 DA 351. Igualmente, se hace titular de los derechos patrimoniales sobre la comunicación pública, fijación y reproducción, señaladas en el artículo 34 DA 351. Adicionalmente, la Ley Fanny Mikey contempla que estos artistas adquieren “el derecho a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público, de las obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentren fijadas sus interpretaciones o ejecuciones”<sup>5</sup>. Así pues, se establece otra forma de explotación económica a la imagen a través de un derecho a obtener regalías cuando la obra audiovisual –donde la imagen ha sido fijada– es explotada por su titular.

Esta normatividad es coherente con el Tratado de Beijing de 2012<sup>6</sup>, por medio del cual se busca amparar los derechos de los artistas de obras audiovisuales. En él, se les reconocen los mismos derechos morales pero se confieren además los derechos patrimoniales de distribución, alquiler, puesta a disposición y radiodifusión. La ratificación del Tratado –suscrito por Colombia en el año 2012– constituiría entonces una ampliación a los derechos actualmente consagrados en la Ley 23 y la DA 351.

De manera que el reconocimiento hecho por la legislación autoral colombiana al derecho a la imagen delimita también su alcance. Por un lado, faculta al titular de la imagen para autorizar y prohibir su uso, al tiempo que confiere el derecho a explotarla económicamente. Por el otro, regula circunstancias específicas bajo las cuales la imagen de un individuo puede ser considerada un derecho conexo y así gozar de una protección más amplia y mejor definida. Sin embargo, se presenta una relevancia del derecho a la imagen frente a los derechos de los autores, dentro de la situación específica de operaciones quirúrgicas u otras de carácter científico.

## 2. LA FACULTAD DE EXPLOTACIÓN CONTRACTUAL

Según se vio en el punto anterior, el derecho a la imagen confiere la facultad de explotarla comercialmente. Por tal razón, es usual que para la explotación se empleen contratos de patrocinio, de *merchandising*, de organización de eventos, incluso los contratos de prestación de servicios –o laborales– que se suscriben con un actor para una obra audiovisual. Todos ellos tienen en común el tratarse de contratos donde se otorga la autorización para hacer uso de la imagen. De ahí que su forma básica sean contratos de licencia de uso de imagen y de cesión del derecho. En

5. Ley 23 de 1982, artículo 168, modificado por la Ley 1403 de 2010.

6. Tratado disponible en [[www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=295839](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=295839)].

cualquier caso, existen dos elementos derivados de la legislación autoral colombiana que deben estar presentes en cualquiera de los contratos: la facultad de disposición del derecho y la remuneración.

En cuanto al primer elemento, la Ley 23 le reconoce al derecho a la imagen un carácter patrimonial. De ahí que sólo confiera las facultades de prohibir o autorizar su uso y la de explotarlo económicamente. En este sentido, se trata de un derecho que puede ser objeto de licencia y de cesión hacia un tercero. Sin embargo, tal como se indicó en el acápite anterior, cuando la imagen es fijada en una obra audiovisual donde su titular desempeña un papel principal, secundario o de reparto –según el libreto–, se convierte en un derecho conexo. Ello conlleva al reconocimiento de derechos morales además de los patrimoniales. Así pues, se limita la posibilidad de ceder los derechos, por cuanto los morales deben permanecer siempre en cabeza de su titular. En todo caso la cesión del derecho de imagen operaría cuando se transfieran sólo los derechos patrimoniales.

El segundo punto corresponde a la remuneración que debe obtener el titular de la imagen a cambio de la explotación comercial que haga un tercero. El tema fue abordado por RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, actuando como árbitro para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Así, frente al argumento de la defensa según el cual el aparecer en televisión constituye remuneración suficiente para el uso de la imagen de un individuo, señaló:

Si se considerase que aparecer en televisión per se es una forma de remuneración, en el caso de que tal figuración genere resistencias colectivas a la imagen y el nombre, se llegaría al absurdo de que en vez de retribuir se estaría imponiendo una carga a quien tiene derecho a recibir una compensación. Del mismo modo, en el caso de aceptarse que quien participe de un Reality por el solo hecho de que su imagen y su voz aparezcan en televisión está siendo remunerado, tal ‘remuneración’ no reportaría beneficio alguno en tratándose de alguien que ya es famoso o conocido del público en general [...] La interpretación que a juicio del tribunal ha de imponerse es la de que cuando se trata de fijar la imagen de un participante en un reality en un medio audiovisual para ser transmitido y promocionado en el público, ese concursante tiene derecho a una remuneración, tanto más si va a ceder ese derecho al productor o a cualquier persona<sup>7</sup>.

Así las cosas, siempre debe existir una contraprestación por el uso comercial de la imagen de una persona, por cuanto se trata de un elemento natural del contrato. Sin embargo, las partes tienen la potestad de definir contractualmente el tipo de remuneración, la cual no tiene que ser monetaria. Asimismo, es posible renunciar a ella, pero esto debe ser incluido expresamente dentro del contrato.

7. BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO. Laudo Arbitral en Derecho, Juan Guillermo Zea Osorio vs. Caracol Televisión S.A.: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2007).

Por consiguiente, la legislación colombiana en derecho de autor permite disponer del derecho a la imagen por parte de su titular siempre y cuando la cesión se limite a su aspecto patrimonial. Igualmente, la remuneración a cambio del uso de la imagen constituye un elemento natural de los contratos relacionados con ella. En este sentido, cualquier contrato que tenga por objeto el uso de la imagen de un individuo debe evidenciar estos elementos naturales.

## B. PERSONAJES FICTICIOS

La protección de los personajes ficticios dentro del régimen de derechos de autor colombiano es un tema que requiere discusión. Para la DNDA, los personajes deben reunir características físicas y psicológicas suficientes. A ello se debe sumar una expresión estable y duradera para poder adquirir algún grado de reconocimiento. Sin embargo, ha señalado:

Frente al derecho de autor, tales rasgos o características se escapan de su protección, debido a que esta disciplina jurídica no protege las ideas o conceptos expresados dentro de una obra, sino la obra en sí misma.

Sin embargo, 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<sup>8</sup>.

Esta posición se basa en la interpretación dada por WILSON RÍOS. A su entender, “los personajes ficticios, como tales, no están protegidos como una obra por la legislación vigente en Colombia sobre derecho de autor [...] [S]ólo en el momento en que dicho personaje se concreta y materializa por medio de una obra (*v. gr.*, un dibujo, una caricatura e incluso una fotografía de él), puede ser objeto de protección del derecho de autor”<sup>9</sup>. Es decir que los personajes quedan excluidos de la protección por cuanto no son considerados una obra sino una idea que hace parte de una obra. Así las cosas, los personajes ficticios quedarían por fuera del amparo del derecho de autor, el cual protege la forma en que las ideas son expresadas.

No obstante lo anterior, para el artículo 3.º de la Decisión 351 la obra protegible por el derecho de autor es aquella “creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”. Así pues, tomando como ejemplo la descripción hecha por J. K. ROWLING acerca del personaje principal de su obra literaria *Harry Potter*, este cuenta con suficientes características físicas y conceptuales como para poder ser reproducido

8. MORA CUÉLLAR, MIGUEL ANTONIO. Concepto 1-2014-22258 DNDA. [www.derecho-deautor.gov.co], 2014.

9. RÍOS RUIZ, WILSON R. *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2011, p. 507.

luego en una serie de películas. Si a ello se suma que se trata de una creación intelectual original, reúne todos los requisitos para ser considerado una obra.

De conformidad con lo anterior, la posibilidad de proteger a los personajes mediante el derecho de autor no debe estar limitada a las artes visuales. Si estos son desarrollados dentro de una obra al punto de hacerlos susceptibles de ser divulgados o reproducidos, pueden adquirir por sí solos la calidad de obra y así quedar amparados.

### C. USOS DE IMAGEN QUE NO REQUIEREN AUTORIZACIÓN

El derecho de imagen contemplado por la Ley 23 no es absoluto. Su artículo 36<sup>[10]</sup> señala situaciones donde es legítimo el uso de la imagen de un tercero sin su autorización, esto en tres casos específicos. Dichos casos deben ser a su vez interpretados con base en decisiones de la Corte Constitucional que han definido el alcance de algunas expresiones empleadas en los supuestos descritos por la Ley 23.

De conformidad con el artículo 36, es libre la publicación del retrato cuando se hace con fines científicos, didácticos y culturales. Sin embargo, “se ha dicho que sólo [se] permite [...] publicar una imagen cuando ello sea indispensable para lograr el fin perseguido”<sup>11</sup>. Así las cosas, es viable utilizar la imagen de Rodolfo Llinás en un artículo sobre su libro *El cerebro y el mito del yo*; un retrato de Misael Pastrana mientras se explica el fin del “Frente Nacional” en una clase de historia, o un video de Carlos Vives en un especial sobre los músicos más influyentes en Colombia. No pueden en cambio utilizarse sin autorización estas imágenes en un documental sobre los aspectos generales de Colombia por cuanto no son indispensables.

Adicionalmente, el derecho ha sido limitado para hechos de interés público. Pero este criterio no es absoluto.

[E]l interés público [debe ser] actual[. D]ebe corresponder al momento histórico en el cual se produjo un hecho y no puede insistirse en él o retomarse cuando por el transcurso del tiempo ha ocupado un lugar secundario en la atención de la sociedad. Igualmente este postulado es aplicable para aquellos eventos en los cuales la persona ha perdido su trascendencia y su relevancia pública, bien sea porque así lo decidió ella o porque fue la comunidad quien dejó de prestarle importancia<sup>12</sup>.

Así, la posibilidad de usar la imagen de una persona para referirse a un acontecimiento está limitada por su relevancia actual para el público. Ello implica

10. Ley 23 de 1982: “Artículo 36º.- La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público”.

11. TOBÓN FRANCO, NATALIA. *Libertad de expresión y derecho de autor. Guía legal para periodistas*, Bogotá, Universidad de Rosario, 2009, p. 186.

12. Corte Constitucional, Sentencia SU-1723 del 12 de diciembre de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

que puede usarse libremente la imagen de un político mientras sea una persona relevante para las noticias, ya sea porque ocupe un cargo en el gobierno o sea un opositor activo. Sin embargo, no puede seguir usándose la imagen del personaje que se retiró y abandonó la vida pública hace ya un tiempo, por cuanto perdería su carácter de interés público.

Finalmente, el artículo 36 se refiere también a los hechos o acontecimientos desarrollados en público. Para determinar qué se debe entender por la expresión “en público” es relevante la posición de la Corte Constitucional según la cual se “ha admitido la posibilidad de fotografiar a quien participa en una manifestación pública, porque considera que lo hace renunciando a su privacidad, con la intención de ser visto y escuchado por quienes allí se encuentran”<sup>13-14</sup>. De acuerdo con ello, permitir el uso de la imagen de una persona realizando actos públicos obedece a que el asistir a este tipo de acontecimientos constituye una renuncia a su privacidad. El criterio parte del supuesto de que cada sujeto es quien controla sus espacios personales. Su ámbito privado podría ser su casa o su oficina. Sin embargo, al salir a un lugar abierto pierde voluntariamente su capacidad de control y por lo tanto renuncia tácitamente a su privacidad. En ese momento la persona puede ser retratada libremente y su imagen puede ser usada por terceros sin autorización.

La anterior explicación de cada una de las situaciones planteadas por el artículo 36 permite llegar a tres conclusiones. Primero, que los usos legítimos de la imagen de terceros sin autorización obedecen a situaciones lógicas y semejantes a las excepciones y limitaciones a los derechos de autor. Segundo, que estos usos legítimos no son absolutos, pues están restringidos a casos específicos planteados en la norma. Y tercero, el valor del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional para comprender el alcance del derecho a la imagen de las personas. Ello nos lleva directamente al siguiente tema del presente artículo, por cuanto la Corte ha generado todo un concepto acerca del derecho de imagen que tiene plena aplicación en Colombia.

13. Corte Constitucional, Sentencia T-235A del 4 de abril de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

14. En la sentencia T-235A de 2002 se hace referencia a la sentencia de la Corte Constitucional T-034 del 6 de febrero de 1995, M.P.: Fabio Morón Díaz, en donde se dijo que la participación en marchas públicas constituye una renuncia a la intimidad respecto de dicho evento. Específicamente señaló: “El derecho a la intimidad comprende el amparo a la persona de sus comportamientos privados [...] De manera que las actuaciones públicas de una persona no hacen parte de la naturaleza propia de los intereses amparados por el derecho fundamental. La publicidad de las actuaciones y de los intereses, desplegada por la persona excluye el amparo del derecho. Los hechos que por decisión del sujeto están al conocimiento públicos han sido despojados de la intimidad amparable en el derecho fundamental comentado.

“Cuando la persona, además de actuar dentro de un ámbito público, lo hace con la intención de ser visto y escuchado [*sic*] por quienes allí se encuentran, es lógico pensar que está actuando por fuera de su zona de privacidad, y, al mismo tiempo, se propicia a que [*sic*] su imagen y manifestaciones sean captadas por quienes lo rodean, no sólo directamente, sino por mecanismos como la fotografía, la filmación, grabación, etc., sin que esas captaciones apreciativas y conogcitivas [*sic*] constituyan violación del derecho a la intimidad de las personas”.

## II. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Debido a la celeridad de la acción de tutela y al desconocimiento de las normas de derecho de autor, esta acción suele ser la primera opción utilizada para proteger el derecho a la imagen de los individuos. No obstante, la procedencia de acciones de este tipo requiere demostrar la legitimación por pasiva –cuando no se trata del Estado– y el carácter fundamental del derecho vulnerado. A partir de casos donde ambos supuestos fueron demostrados se desarrolló todo el régimen de protección paralelo al contemplado por la Ley de Derecho de Autor, el cual se explica a continuación.

### A. ESTADO DE INDEFENSIÓN FRENTE A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Si bien es cierto que las autoridades públicas pueden infringir el derecho a la imagen, es usual que sea un particular el infractor. Ello obedece a que la mayoría de los medios de comunicación no hacen parte del gobierno. Así las cosas, de conformidad con el inciso quinto del artículo 86<sup>[15]</sup> de la Constitución Política de Colombia, es posible incoar la acción de tutela en contra de particulares cuando el accionante se encuentre en estado de indefensión frente al accionado. Ello es ratificado por el numeral 4 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 el cual señala:

Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

[...]

4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.

15. Constitución Política de Colombia: “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

“La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

“En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

“La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

En el caso de los medios de comunicación se puede evidenciar que estos ejercen un control efectivo en la situación que motiva la acción y la relación de indefensión de los particulares. Por un lado, la decisión de divulgar un contenido es absoluta del director del medio. Por el otro, “los medios [cuentan con] incalculables posibilidades de apabullar al individuo, dejándolo inerte frente a los ataques de que pueda ser objeto”<sup>16</sup>.

De conformidad con lo anterior, mediante sentencia T-611 de 1992, la Corte Constitucional planteó su posición respecto de la situación de indefensión en que se encuentran los particulares frente a los medios. En este caso se analizó si los periódicos *El Heraldo*, *La Libertad* y *El Espacio* afectaron el derecho de imagen del cantautor Rafael Orozco al explotar, tras su muerte, los acontecimientos íntimos acerca de su relación extramatrimonial. En este sentido se pronunció la Corte:

No parece necesario demostrar el estado de indefensión en que se encuentra la persona frente a los medios de comunicación. Es suficiente recordar que ellos –analizada la situación desde el punto de vista de su potencialidad–, aparte de la mayor o menor cobertura que puedan exhibir, ora en el ámbito nacional, ya en el local, tienen el formidable poder del impacto noticioso; cuentan con la capacidad de la presentación unilateral de cualquier acontecimiento; gozan de la ventaja que representa la posibilidad de repetición y ampliación de las informaciones sin límite alguno; manejan potentes instrumentos que pueden orientar y condicionar las reacciones psicológicas del público, resaltar u opacar datos e informaciones y, por si fuera poco, aún en el momento de cumplir con su obligación de rectificar cuando hay lugar a ello, disponen del excepcional atributo de conducir la respuesta para publicar la rectificación y contra-argumentar en el mismo acto, bien mediante las “notas de la Redacción” en el caso de la prensa escrita, ya por conducto de los comentarios o glosas del periodista en los medios audiovisuales, sin ocasión de nueva intervención por parte del ofendido.

Por lo tanto, no es necesario demostrar la indefensión de los particulares frente a los medios de comunicación. La Corte Constitucional presume que los individuos están privados de las herramientas con las cuales cuentan los medios para imponer su propio punto de vista. Ello se puede evidenciar de sentencias posteriores donde la Corte ha citado la sentencia T-611 de 1992 y reiterado su posición.

## B. DERECHO A LA IMAGEN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Inicialmente el derecho a la imagen fue protegido como un derecho fundamental conexo. Así, la Corte Constitucional lo vinculó al principio de dignidad humana y a los derechos a la personalidad jurídica, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad y a la intimidad personal y familiar. Posteriormente la Corte cambió

16. Corte Constitucional, Sentencia T-611 del 15 de diciembre de 1992, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

su posición y pasó a reconocerlo como un derecho fundamental autónomo. Ello ha permitido que la acción de tutela se convierta en el mecanismo por excelencia para amparar el derecho.

Entre las principales decisiones con las cuales fue protegido el derecho a la imagen mediante la tutela por su conexidad con los derechos fundamentales se encuentra la sentencia T-090 de 1996. En este caso-insignia fue amparado el derecho de una mujer quien autorizó el registro en video del parto de su hijo, pero fue retratada en un contexto diferente del que ella había autorizado. El programa de televisión donde fue emitido el video mostró el parto como una comparación con la forma en que vienen al mundo los “bebés ricos”, sin que dicha forma de comunicar el registro del parto hubiese sido aceptada por su protagonista. Al analizar el caso, la Corte Constitucional concluyó que se habían vulnerado derechos fundamentales de la mujer y por lo tanto procedía la acción de tutela a su favor.

Para responder al caso, la Corte definió a la imagen como una

... representación externa del sujeto [...] Una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad, impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que lo identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación por terceros. De ahí que [...] toda persona tiene derecho a su propia imagen y que, sin su consentimiento, ésta no puede ser injustamente apropiada, publicada, expuesta, reproducida o comercializada por otro<sup>17</sup>.

Habiendo reconocido el derecho, la Corte justificó su carácter fundamental basado en que es “inseparable de la persona [...] queda dentro del ámbito de protección que determina el artículo 14 de la C.P.[, esto es, el derecho a la personalidad jurídica.] De otro lado, la relativa disponibilidad de la propia imagen, en cuanto se realice, traduce una forma de autodeterminación del sujeto, e igualmente podría entrar en la órbita del derecho al libre desarrollo de la personalidad”. Por lo tanto la imagen se trata de un derecho cuyo carácter de fundamental se hace derivar de la relación directa con otros derechos fundamentales y así se justifica la protección constitucional.

En los mismos términos, la sentencia T-471 de 1999<sup>18]</sup> amparó por vía de tutela el derecho a la imagen como un derecho fundamental. Este caso estudió el uso de la imagen de una menor de edad en una etiqueta de aceites de cocina. La Corte aquí reafirmó lo dicho en la sentencia T-090 de 1996 agregando que “[e]l concepto de imagen incorpora [...] un conjunto de elementos relacionados con las peculiaridades [*sic*] del sujeto, que no pueden quedar expuestos, sin requisito

17. Corte Constitucional, Sentencia T-090 del 6 de marzo de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

18. Corte Constitucional, Sentencia T-471 del 6 de julio de 1999, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

alguno, a la libre explotación, ni en el campo audiovisual ni en el impreso”. Con ello se explica que el uso de la imagen de una persona –por parte de un tercero– requiere de la autorización del titular. Adicionalmente, resaltó la Corte que el derecho tiene una mayor protección cuando ese titular es un menor de edad pues, “al tenor del artículo 44 de la Carta Política, [los menores] no pueden ser sometidos a explotación en ningún sentido, menos todavía si ésta tiene efecto o propósito patrimonial”.

No fue sino en el año 2007 cuando la Corte Constitucional reconoció expresamente “[e]l derecho a la imagen [...] [como] un derecho autónomo que puede ser lesionado en forma independiente o concurrente con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de su titular”<sup>19</sup>. Con base en ello decidió proteger el derecho fundamental de la accionante y ordenó a su antiguo empleador dejar de divulgar las fotografías de ella desnuda, las cuales fueron encontradas en el computador que le fuera asignado por la empresa. A partir de dicha sentencia es posible amparar el derecho a la imagen de forma directa por la vía de la acción de tutela.

En estos términos, la “Corte Constitucional ha reconocido [al derecho de imagen] [...] una doble dimensión [...] para indicar que versa de un contenido moral y un contenido patrimonial”<sup>20</sup>. El primero refiriéndose a la facultad de impedir su uso no autorizado por parte de terceros; el segundo, en cambio, en relación con el derecho a explotar la imagen económicamente. Se destaca además un mayor interés por amparar este segundo aspecto si el titular de la imagen es un menor de edad. Así las cosas, la acción de tutela constituye un mecanismo procedente para impedir que se vulnere el derecho a la imagen. Ello por cuanto se trata de un derecho fundamental. Sin embargo, es importante tener presente que esta acción no es indemnizatoria. En consecuencia no puede ser ejercida para resarcir los perjuicios económicos que el uso no autorizado de una imagen ocasione a su titular.

### C. CASO ESPECIAL DE LOS PERSONAJES PÚBLICOS

Los personajes públicos presentan una situación especial respecto del derecho a la imagen debido al interés general que puede haber en conocer más acerca de su vida. Se justifica entonces el uso de su imagen sin autorización con base en la libertad de expresión y la libertad de información. Sin embargo, la Corte Constitucional ha limitado este tipo de uso a los casos donde exista una relevancia pública que así lo amerite. Ello impide que la imagen de figuras públicas sea usada indiscriminadamente, pero además aclara cuándo sí es posible utilizarla.

En la sentencia SU-1723 de 2000 se admitió la posibilidad de usar la imagen del cantautor vallenato Diomedes Díaz dentro de un dramatizado producido por

19. Corte Constitucional, Sentencia T-405 del 24 de mayo de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

20. CEBALLOS DELGADO, JOSE MIGUEL. “Aspectos Generales del Derecho a la Propia Imagen”, en *La Propiedad Inmaterial*, n.º 15, 2011, p. 68.

Telecolombia Ltda. Para ello, la Corte analizó si se vulneraron los derechos a la intimidad, al buen nombre, a la honra y al debido proceso del músico, por cuanto el programa relató su relación sentimental con Doris Adriana Niño y su posterior homicidio. Para ello se indicó que los medios de comunicación pueden hacer estas intromisiones mientras tengan presentes los principios de veracidad, imparcialidad y relevancia pública de la información a ser divulgada.

Respecto de la relevancia pública, la Corte la definió a través de dos aspectos: “la calidad de la persona y el contenido de la información”<sup>21</sup>. De acuerdo con ello, es legítimo exponer aspectos privados de un individuo siempre que se trate de un personaje público y que haya un legítimo interés de la sociedad para conocer la información divulgada. Así las cosas, son personajes públicos “[q]uienes por razón de sus cargos, actividades y de su desempeño en la sociedad se convierten en centros de atención con notoriedad pública [...] [Estos] inevitablemente tienen la obligación de aceptar el riesgo de ser afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas, por cuanto buena parte del interés general ha dirigido la mirada a su conducta ética y moral”. Por su parte, la información debe obedecer a “un interés público, real, serio y además, actual, donde nunca es de recibo una finalidad difamatoria o tendenciosa”. En el caso de Diomedes Díaz, su calidad como personaje público era evidente y los hechos alrededor de un homicidio constituyen un interés público legítimo.

Esta posición de la Corte es de dos caras por cuanto ha servido para amparar la libertad de prensa pero también para proteger el derecho a la imagen de personajes públicos. En el previamente citado caso del también cantautor vallenato Rafael Orozco (sentencia T-611 de 1992), su familia pudo impedir que se siguiera usando su imagen por los medios. El punto esencial de la discusión fue el alcance del concepto de interés público. Al respecto, la Corte señaló que quedan por fuera “las [informaciones] que representan una invasión en la órbita privada de las personas, [...] las que suponen un ingreso al ámbito familiar que [...] únicamente importa y debe ventilarse dentro del seno de la familia, salvo consentimiento expreso de los protagonistas, [...] [y] las que constituyen ofensa y daño moral a los niños y a la institución familiar considerada en sí misma”<sup>22</sup>. De ahí que el uso de la imagen del músico ligada a su relación extramatrimonial se encontrara por fuera de los usos autorizados por la libertad de información de la prensa<sup>23</sup>.

21. Corte Constitucional, Sentencia SU-1723 del 12 de diciembre de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

22. Corte Constitucional, Sentencia T-611 del 15 de diciembre de 1992, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

23. Otro factor importante para determinar la excesiva intromisión de la prensa en la vida personal fue la posible “violación de la reserva del sumario dentro del proceso [...] adelanta[do] por la muerte de Rafael Orozco, en cuanto se publicaron apartes de las declaraciones de la señorita María Angélica Navarro, según lo anunciaba el diario ‘El Heraldo’ del 27 de junio de 1992 en su primera página”: Corte Constitucional, Sentencia T-611 del 15 de diciembre de 1992, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

De acuerdo con lo anterior los medios de comunicación sólo pueden hacer uso de la imagen de personajes públicos e inmiscuirse en su vida “[c]uando el personaje público decide voluntariamente renunciar a su derecho a la imagen, o [...] [c]uando la información es de relevancia pública”<sup>24</sup>. Además es necesario determinar la calidad de la información y si la persona implicada ostenta el carácter de figura pública. Sin embargo, no siempre es claro quién es un personaje público.

Sobre este último punto, la Corte no ha fijado un test que permita establecer cuándo una persona adquiere la calidad de personaje público. Un ejemplo de ello se encuentra en la sentencia T-904 de 2013<sup>25</sup> donde se decidió la acción de tutela presentada por la entonces Contralora General de la República, Sandra Morelli, en contra de los periodistas Iván Serrano, Cecilia Orozco Tascón y el Canal Uno - Noticias Uno - La Red Independiente. El fundamento de la acción fue la divulgación de fotografías y un video donde se retrató sin autorización a su hijo y otros menores de edad mientras jugaban en la terraza de su casa. En este caso se concedió la tutela a favor de la actora con base en la prevalencia de los derechos de los menores de edad sobre la libertad de información. No obstante, se pasó por alto el tema de si las personas cercanas a personajes públicos adquirirían esta misma calidad sólo con fundamento en su parentesco. Ello demarca la ausencia de un criterio jurisprudencial objetivo que permita determinar quién ostenta esta calidad. En cambio, la Corte acude a juicios subjetivos donde se presume la relevancia pública sólo por existir un vínculo cercano con personajes públicos.

### III. RÉGIMEN MARCARIO

La imagen de un individuo puede constituir un signo distintivo. Ello obedece a su capacidad para ser asociada con un origen empresarial. De ahí que pueda ser amparada como marca de conformidad con el Título VI de la Decisión Andina 486 de 2000. De hecho, la protección del régimen marcario impide a terceros su registro cuando no se cuenta con la autorización del titular.

Para tener un derecho marcario sobre la imagen de una persona, esta debe ser registrada ante la Delegatura de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio (sic). Una vez sea concedida, su titular tendrá un derecho exclusivo sobre la marca durante diez años contados a partir de la fecha en que se profiera el acto administrativo que la concede<sup>26</sup>.

24. TOBÓN FRANCO, NATALIA. *Libertad de expresión, derecho al buen nombre, a la honra y a la imagen. Guía para periodistas*. 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2015, p. 114, parafraseando la sentencia SU-1723 del 12 de diciembre de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

25. Corte Constitucional, Sentencia T-904 del 3 de diciembre de 2013, M.P.: María Victoria Calle Correa.

26. Decisión Andina 486 de 2000: “Artículo 152.- El registro de una marca tendrá una duración de diez años contados a partir de la fecha de su concesión y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años”.

Sin embargo, no siempre es posible obtener el registro como marca de la imagen de una persona. Así lo indica el artículo 136 de la Decisión Andina 486 el cual señala las causales relativas de irregistrabilidad por afectar el derecho de un tercero:

Artículo 136.- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

[...]

e) consistan en un signo que afecte la identidad o prestigio de personas jurídicas con o sin fines de lucro, o personas naturales, en especial, tratándose del nombre, apellido, firma, título, hipocorístico, seudónimo, imagen, retrato o caricatura de una persona distinta del solicitante o identificada por el sector pertinente del público como una persona distinta del solicitante, salvo que se acredite el consentimiento de esa persona o, si hubiese fallecido, el de quienes fueran declarados sus herederos.

Este literal es la única norma de la DA 486 donde se hace alusión al uso de la imagen como marca. Por lo tanto debemos entender que una imagen puede adquirir dicha calidad mientras sea susceptible de representación gráfica y no esté incurso en las causales de irregistrabilidad indicadas en los artículos 135 y 136. En este sentido, al señalar el literal transcrito los eventos en los cuales no se admite el registro de la imagen como signo distintivo, es posible identificar tres elementos esenciales adicionales para que el registro sí sea admitido. Primero, no es susceptible de registro la imagen que afecte la identidad o prestigio de una persona. Segundo, la imagen se entiende desde su perspectiva amplia, por cuanto no se limita al retrato sino que se extiende a cualquier elemento capaz de identificar a un individuo. Tercero, la exigencia del consentimiento de parte de su titular.

En cuanto al primer elemento, se hace referencia a la afectación a la identidad o prestigio de una persona por medio del uso de su imagen como marca. Esto tiene que ver principalmente con el daño al buen nombre, como sería por ejemplo pretender registrar la imagen de Alejandro Ordóñez, reconocido por sus fuertes convicciones católico-conservadoras, para identificar juguetes sexuales. Sin embargo, la SIC ha agregado que para afectar el buen nombre es importante determinar el grado de conocimiento que pueda haber en el público general acerca del titular de la imagen. Esto se evidencia en el expediente 12-055272, donde la Dirección de Signos Distintivos de la SIC negó en primera instancia el registro de la marca “Débora Arango” para identificar artículos de la clase 16 de la Clasificación Internacional de Niza<sup>27</sup>. Como fundamento de la decisión la Superintendencia indicó:

27. Específicamente: “papel, cartón y artículos de estas materias no comprendidos en otras clases; productos de imprenta; artículos de encuadernación; fotografías; papelería; adhesivos (pegamentos) para la papelería o la casa; material para artistas; pinceles; máquinas de escribir y artículos de oficina (excepto muebles); material de instrucción o de enseñanza (excepto aparatos); materias plásticas para embalaje (no comprendidas en otras clases); caracteres de imprenta; clichés”.

Para determinar si una marca afecta la identidad o prestigio de las personas [...] es preciso establecer el conocimiento que pueda existir de éstas en el público general, aspecto que viene derivado en la mayoría de los casos de la publicidad, difusión y explotación de la imagen que se ha hecho de éstas debido a su profesión o actividad, de tal manera que el consumidor tiene una clara y directa remisión a ellas al escuchar u observar ciertas denominaciones o imágenes que los identifican. Así mismo, es pertinente determinar si el signo que se pretende registrar afectaría de alguna manera la identidad o prestigio de las personas que se buscan proteger.

[...]

[C]onsidera este Despacho, que al momento de proferir la presente decisión, es de conocimiento notorio que Débora Arango, es una reconocida pintora, hecho que no requiere de prueba, por tratarse de un evento casi mundial y de gran acogida por la generalidad de las personas.

Así las cosas, es evidente que el signo en estudio es un nombre de una artista reconocida por la generalidad de las personas, y que como se puede observar teniendo en cuenta que el signo pretende identificar [...] se evidencia el riesgo de asociación entre la artista y los productos que se identifican<sup>28</sup>.

Al respecto, es pertinente recordar la crítica que LUIS EDUARDO BERTONE y GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS hacen a una sentencia francesa de 1987 en la cual se consideró que sólo procede la protección sobre los nombre célebres, en contraste con los nombre originales. La crítica considera que esta posición constituye un obstáculo para la protección de los derechos de la personalidad<sup>29</sup>. Esta posición es acertada frente a la legislación andina por cuanto en ella no se establece este requisito adicional. Sin embargo, el reconocimiento que llegue a tener un individuo en la sociedad sí tiene un efecto práctico dentro del trámite de registro. Esto es, la posibilidad de identificar oficiosamente que el signo solicitado corresponde a la imagen de una persona específica. En este sentido, no es viable imponerle a la SIC la carga de conocer la imagen de todas las personas para hacer efectivo su derecho a la imagen. Por ello quien desee amparar su derecho deberá presentar una oposición dentro del trámite de registro marcario o solicitar directamente el registro.

El segundo elemento que se desprende del literal e) es su aplicación rigurosa para casos donde una persona pretenda registrar como marca cualquier característica capaz de identificar a otra. Ello constituye además una interpretación amplia

28. Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Propiedad Industrial, Directora de Signos Distintivos María José Lamus Becerra, Resolución 55047 del 24 de septiembre de 2012, Expediente 12-055272, Marca “Débora Arango”. Guillermo

29. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO y BERTONE, LUIS EDUARDO. *Derecho de marcas. Marcas, designaciones y nombres comerciales*, 2 vols. 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Heliasta, 2008, p. 315.

del concepto de imagen que no está limitada al retrato. Así las cosas, si en el signo solicitado para registro se toma a un particular y se le agregan rasgos característicos de otra persona que el público pueda identificar, esto sería suficiente para impedir su registro marcario. Recientemente se presentó en Israel un caso donde la empresa Espresso Club lanzó un comercial protagonizado por un doble del actor George Clooney. Debido a que la imagen del actor de Hollywood hace parte de una reconocida campaña publicitaria de una empresa competidora, Nespresso de Nestlé, se presentó una acción en contra de Espresso Club para que deje de usar el comercial<sup>30</sup>. Esta situación podría ocurrir en la Comunidad Andina por cuanto el derecho de la imagen como signo distintivo se ejerce no sólo contra reproducciones no autorizadas sino contra imágenes capaces de generar confusión.

En Colombia, un caso representativo de este elemento del literal e) es la solicitud de registro de la marca “Todo Bien” dentro del expediente 14-176374, a la cual se opuso el ex futbolista Carlos “El Pibe” Valderrama. Según lo manifestó en su escrito de oposición, “el uso de esta expresión lleva indiscutiblemente a pensar en el futbolista y a relacionar el producto o servicio con este personaje público”. Esto se debe a que en su carrera profesional el jugador hizo célebre el modismo “todo bien, todo bien”, el cual ha repetido en diferentes campañas publicitarias. De ahí que la SIC le diera la razón en cuanto “el futbolista colombiano ha convertido la frase ‘TODO BIEN, TODO BIEN’ [...] en una particularidad suya por la cual [...] es reconocido en todo el país”<sup>31</sup>. Sin embargo, rechazó su argumento en cuanto el signo solicitado es la frase “todo bien” y no “todo bien, todo bien”, siendo sólo esta última la expresión que se asocia con el “10” de la Selección Colombia<sup>32</sup>.

Finalmente, el tercer elemento señalado por el literal e) explica que es necesario contar con el consentimiento del titular o sus herederos para usar la imagen de una persona como signo distintivo. De hecho, una interpretación extensiva permite interpretar que es incluso posible para un tercero obtener el registro de una imagen como marca aun si esta atenta contra el buen nombre de una persona, siempre que se cuente con una autorización previa. Volviendo al caso de Débora Arango, la solicitante, Cecilia Londoño, aportó mediante su escrito de apelación una copia del testamento en el cual se le nombraba como heredero universal de la artista y entonces la marca fue concedida. Fue así como, con fundamento en lo anterior, la SIC optó por revocar la decisión de la Dirección de Signos Distintivos y concederle el registro marcario.

Resulta entonces claro que es posible usar y amparar el derecho a la imagen a través del régimen marcario. Sin embargo, es necesario entender que su uso está condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales se basan en el respeto

30. MARTIN, GUY. “Nespresso Sues Israel’s Espresso Club Over George Clooney Lookalike Brew-haha - Forbes”, en *Forbes*, disponible en [www.forbes.com], (2 de marzo de 2016).

31. Superintendencia de Industria y Comercio, Delegado de Propiedad Industrial José Luis Londoño Fernández, Resolución 102998 del 30 de diciembre de 2015.

32. Finalmente la SIC optó por ratificar la decisión de primera instancia y negar el registro de la marca “Todo Bien” con base en su falta de distintividad.

al derecho a la imagen por parte de terceros. Asimismo, su protección presenta dificultades prácticas pues se requiere de una actitud activa de parte del titular de la imagen para que la SIC puede efectivamente proteger el derecho.

#### IV. LEY DE HABEAS DATA

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1581 de 2012 el estudio de esta materia exige considerar el régimen de *habeas data*. Esto obedece a que la imagen de una persona constituye un dato personal y los licenciatarios se convierten ahora en responsables y encargados de datos personales. Como resultado se crearon requisitos especiales para las licencias de uso de imagen, procedimientos para que el titular de la imagen pueda supervisar el uso adecuado de esta y sanciones frente a un tratamiento inadecuado de la misma. Es importante comprender entonces el impacto que genera la Ley de Protección de Datos Personales en las licencias, por cuanto su inobservancia puede producir la revocatoria de las mismas.

##### A. DEFINICIÓN DE DATO PERSONAL

La definición de dato personal se encuentra establecida en el artículo 3.º de la Ley 1581 de 2012 “... como cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables”. Se trata entonces de toda información capaz de vincular a una persona natural y que permita identificarla de forma inequívoca.

La Corte Constitucional precisó las características de los datos personales al analizar la constitucionalidad del proyecto de ley que se convertiría en la Ley 1581. Especificó así 4 elementos esenciales: “i) Estar referidos a aspectos exclusivos y propios de una persona natural; ii) Permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otro datos; iii) Su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita; iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación”<sup>33</sup>. De este modo se agregan características al concepto de dato personal establecido en la ley, como lo es el reconocimiento de un derecho de propiedad sobre este en cabeza de su titular.

Teniendo en cuenta lo anterior, la imagen de una persona constituye un dato personal por cuanto se trata de un tipo de información capaz de ser asociado a un individuo y que permite su identificación. En este sentido se pronunció la Delegatura para la Protección de Datos Personales de la SIC, mediante concepto n.º 33980 del 2 de abril de 2013. En este caso fue resuelta una consulta por medio de la cual se le preguntó si las imágenes de menores de edad podían ser consideradas datos

33. Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

personales. Respondió que “las imágenes [se] encuadran dentro del concepto de dato personal y en consecuencia, les resulta aplicable el régimen de protección de datos personales prevista [*sic*] en la ley 1581 de 2012”<sup>34</sup>. Así las cosas, para poder tratar imágenes de terceros se requiere cumplir con los requisitos exigidos por la ley para el tratamiento de cualquier otro dato personal.

#### B. DEFINICIONES BÁSICAS DE LA LEY DE HABEAS DATA RELEVANTES PARA LAS LICENCIAS DE USO DE IMAGEN

El “tratamiento” de datos personales se encuentra definido en el literal g) del artículo 3.º de la Ley 1581 de 2012 como “[c]ualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión”. Refiriéndonos a las licencias de uso de imagen, desde el uso dado a una imagen dentro de una campaña publicitaria hasta la base de datos que construye una agencia de modelaje con el perfil de cada modelo constituyen tratamiento. Por ello, resulta necesario comprender la terminología presente en la Ley 1581 y el Capítulo 25 del Decreto Único 1074 de 2015<sup>35</sup>, al momento de elaborar e interpretar este tipo de contratos, pues de ellas se derivan algunas cargas dentro del tratamiento de datos.

Lo primero que se debe diferenciar son los sujetos involucrados en el tratamiento de los datos personales. El principal es el titular, por cuanto se trata de la persona a quien pertenece la información. Por su parte, el encargado es quien obtiene los datos y decide sobre ella. En contraste, el responsable maneja los datos según le sean proporcionados por el responsable. Así, dentro de la relación contractual en materia de derecho de imagen, el responsable sería el licenciatario; el encargado, un sublicenciatario limitado por los usos que el licenciatario inicial le confiere; y el titular de la imagen, el licenciante<sup>36</sup>. A modo de ejemplo, la agencia de publicidad que captura la imagen de una persona sería el responsable, y el encargado sería el medio de comunicación impresa donde va a aparecer dicha imagen promocionando productos o servicios.

El segundo grupo de términos se refieren al control sobre el destino de los datos. Estos se encuentran definidos en el artículo 3.º<sup>37</sup> de la Ley 1581 y resultan necesarios

34. Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para la Protección de Datos Personales de la SIC, Oficina Asesora Jurídica, William Antonio Burgos Durango, Concepto n.º 33980 del 2 de abril de 2013

35. El Capítulo 25 del Decreto Único 1074 de 2015 recopiló el Decreto 1377 de 2013 reproduciéndolo en su integridad. Así, el Decreto 1377 quedó derogado con base en su artículo 3.1.1.

36. Artículo 3.º de la Ley 1581 de 2012: “... d) Encargado del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del Responsable del Tratamiento;

“e) Responsable del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos; “f) Titular: Persona natural cuyos datos personales sean objeto de Tratamiento”.

37. Artículo 3.º de la Ley 1581 de 2012: “... 4. Transferencia: La transferencia de datos tiene lugar cuando el Responsable y/o Encargado del Tratamiento de datos personales, ubicado en Colombia, envía la información o los datos personales a un receptor, que a su vez es Responsable del Tratamiento y se encuentra dentro o fuera del país.

para determinar el objeto del contrato de licencia de uso de imagen. El primer término es la transferencia. Esta se refiere a la cesión de las bases de datos e implica que un tercero adquiera la calidad de responsable de la información. Por su parte, la transmisión es el acto por medio del cual se comparten las bases de datos con el encargado, quien actuará bajo la observancia del responsable. Éste último no pierde su condición pues el tratamiento de la información sigue estando bajo su responsabilidad. Es importante destacar además que en ambos casos debe mediar un contrato a través del cual se haga entrega de los datos y que esto debe haber sido autorizado por el titular.

De conformidad con lo anterior es necesario incluir términos como tratamiento, titular, encargado, responsable, transmisión y transferencia, dentro de los contratos de uso de imagen. De hecho, su inclusión facilitaría a las partes el determinar cuáles son las cargas que la ley les impone respecto del tratamiento de la imagen de una persona.

### C. LICENCIA DE USO DE IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

De conformidad con la legislación de derecho de autor y la jurisprudencia constitucional, la autorización para el uso de la imagen de una persona podía ser posterior y estar libremente regulada por las partes. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1581 y del Decreto Reglamentario 1377 de 2013, reemplazado por el Decreto 1074, este dejó de ser el caso. Ahora la autorización es necesariamente previa al tratamiento. Adicionalmente, debe estar ajustada a requisitos legales nuevos como la implementación de manuales de políticas de tratamiento de datos personales y el respeto por los derechos que reconocen estas normas. Todo esto se vuelve fundamental al momento de la celebración del contrato por cuanto su inobservancia puede generar la anulación de la licencia.

La autorización está definida por el literal a) del artículo 3.º de la Ley 1581 como el “[c]onsentimiento previo, expreso e informado del Titular para llevar a cabo el Tratamiento de datos personales”. Respecto al derecho de imagen, se trata entonces de la licencia mediante la cual se autoriza el uso.

Lo novedoso de la autorización es que su anterioridad ahora constituye un requisito esencial para el uso de la imagen, y su ausencia puede acarrear sanciones por parte de la SIC. En consecuencia ya no es posible obtener un consentimiento posterior<sup>38</sup>.

La autorización debe además ajustarse a los requisitos establecidos por el Decreto 1074. Su artículo 2.2.2.25.2.2 señala que quien recoge datos personales

<sup>38</sup> “5. Transmisión: Tratamiento de datos personales que implica la comunicación de los mismos dentro o fuera del territorio de la República de Colombia cuando tenga por objeto la realización de un Tratamiento por el Encargado por cuenta del Responsable”.

38. Si bien es cierto que el artículo 2.2.2.25.2.7 del Decreto 1074 señala un procedimiento para obtener la autorización de los titulares sobre datos personales recolectados previamente, este solo se refiere a los datos que fueron recolectados antes de la expedición del citado decreto y de la Ley 1587 de 2012. En este sentido, no tiene aplicación dicho procedimiento para los datos que hayan sido recolectados con posterioridad a la expedición de dichas normas y sin la previa autorización de parte del titular.

debe “informarle [al titular] [...] todas las finalidades específicas del Tratamiento para las cuales se obtiene el consentimiento”. Por otro lado, el artículo 7.º indica que la autorización puede darse por escrito, verbalmente o “mediante conductas inequívocas del titular que permitan concluir de forma razonable que otorgó la autorización”<sup>39</sup>. Así, la autorización tiene dos características: el conocimiento por parte del titular acerca del uso que se hará de su imagen y la expresión del consentimiento. Ello resulta coherente con las licencias que tradicionalmente se dan para el uso de imagen por cuanto estas deben indicar todas las formas en que la imagen será usada, limitando la explotación a los medios expresamente señalados. Adicionalmente, se debe demostrar si en efecto el titular autorizó su uso, lo cual resulta útil para los casos en que la imagen sea explotada comercialmente.

Ahora bien, respecto de la expresión del consentimiento existe un inconveniente para las formas de expresarlo indicadas en el artículo 2.2.2.25.2.4. El artículo 2.2.2.25.2.5 establece el deber de los responsables de los datos de conservar una prueba de la autorización. Pero esta puede ser difícil de obtener cuando el consentimiento no fue dado por escrito. Por ello, el consentimiento verbal o el dado por conductas inequívocas debe ser fijado en algún medio, como puede ser el audiovisual. En consecuencia, el licenciatario debe grabar un video donde el licenciante de la imagen le confiera dicha autorización.

Por otro lado, los literales k) del artículo 17<sup>[40]</sup> y f) del artículo 18<sup>[41]</sup> de la Ley 1581 establecen el deber de los responsables del tratamiento de datos personales de implementar unas políticas para dicho tratamiento. Su relevancia radica en que el incumplimiento de este requisito también puede generar la revocatoria de la autorización. Es entonces necesario que el licenciatario de una imagen, en su calidad de responsable de los datos, cuente con dicha política para asegurar la continuidad de la licencia<sup>42</sup>.

39. “Artículo 2.2.2.25.2.4. [...] Se entenderá que la autorización cumple con estos requisitos cuando se manifieste (i) por escrito, (ii) de forma oral o (iii) mediante conductas inequívocas del titular que permitan concluir de forma razonable que otorgó la autorización. En ningún caso el silencio podrá asimilarse a una conducta inequívoca”.

40. “Artículo 17. Deberes de los Responsables del Tratamiento. Los Responsables del Tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad:

“[...]”

“k) Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y en especial, para la atención de consultas y reclamos”.

41. “Artículo 18. Deberes de los Encargados del Tratamiento. Los Encargados del Tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad.

“[...]”

“f) Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y, en especial, para la atención de consultas y reclamos por parte de los Titulares”.

42. Los requisitos mínimos exigidos en una política de datos personales se encuentran regulados en el artículo 2.2.2.25.3.1 del Decreto Único 1074 de 2013: “1. Nombre o razón social, domicilio, dirección, correo electrónico y teléfono del Responsable.

“2. Tratamiento al cual serán sometidos los datos y finalidad del mismo cuando esta no se haya informado mediante el aviso de privacidad.

Las políticas de tratamiento de datos personales constituyen además el mecanismo por conducto del cual los titulares pueden controlar el uso de sus propios datos. Por tal motivo, las licencias de uso de imagen deben ser interpretadas en conjunto con estas políticas, las cuales se convierten en un elemento más del contrato.

Ahora bien, dentro de los requisitos de las políticas de tratamiento de datos personales es importante destacar el numeral 5 del artículo 2.2.2.25.3.1 del Decreto Único. Este se refiere al procedimiento para hacer efectivos los derechos de conocer, rectificar, actualizar y suprimir datos, y el de revocar la autorización. Si bien estos constituyen una herramienta útil para los titulares de datos personales, pueden generar incertidumbre para los licenciatarios.

Los derechos de rectificación y actualización de datos pueden ser interpretados como la facultad de toda persona para solicitar que su imagen sea cambiada por otra en la cual se presente su nueva apariencia o se proyecte una idea distinta sobre sí misma. Podría ocurrir entonces que el titular de una imagen pida la modificación de esta en medio de una campaña publicitaria donde es utilizada, generando costos de producción inesperados. De acuerdo con la normatividad, el titular de la imagen tendría derecho a exigirlo.

Evitar que el titular intempestivamente solicite la modificación de la imagen licenciada puede lograrse si el contrato es claro. El literal a) del artículo 8.º de la Ley 1581 señala que “[el] derecho se podrá ejercer [...] frente a datos parciales, inexactos, incompletos, fraccionados, que induzcan a error, o aquellos cuyo Tratamiento esté expresamente prohibido o no haya sido autorizado”. Por lo tanto, el titular no podrá pedir la modificación de su retrato de forma arbitraria. Los datos a ser modificados deben ser parciales o inducir a error de algún modo. De manera que el licenciatario de la imagen puede evitar el retrato o actualización especificando en el contrato que la imagen específica a ser utilizada fue solicitada tal como está. También debe señalarse el significado que la misma debe tener para evitar que el titular argumente la inexactitud o posible inducción a error de la misma.

En cuanto al derecho a revocar la licencia y suprimir el dato personal, el literal e) del mismo artículo 8.º lo limita a los casos en que el uso de la imagen no respete lo señalado por la Constitución o la ley. Así las cosas, mientras el uso sea lícito, el licenciatario no se vería obligado a dejar de utilizar la imagen de un individuo. Adicionalmente, este derecho le otorga a la SIC la facultad de decidir si en efecto el licenciatario ha “... incurrido en conductas contrarias a esta ley y a la Constitución”<sup>43</sup>. Así pues, para solicitar la revocatoria de la autorización debe

<sup>3</sup>. Derechos que le asisten como Titular.

<sup>4</sup>. Persona o área responsable de la atención de peticiones, consultas y reclamos ante la cual el titular de la información puede ejercer sus derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir el dato y revocar la autorización.

<sup>5</sup>. Procedimiento para que los titulares de la información puedan ejercer los derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir información y revocar la autorización.

<sup>6</sup>. Fecha de entrada en vigencia de la política de tratamiento de la información y período de vigencia de la base de datos”.

<sup>43</sup>. Literal e), artículo 8.º Ley 1581 de 2012.

agotarse primero el trámite ante la Delegatura de Protección de Datos Personales. Esta determinará si el uso dado por el licenciario fue contrario a la ley.

Finalmente, el numeral 6 del artículo 2.2.2.25.3.1 del Decreto Único introduce otro elemento nuevo para los contratos de licencia de uso de imagen, esto es, el periodo de vigencia de la base de datos. Esto debe ser interpretado como una limitación temporal al uso de imagen. En efecto, teniendo en cuenta que los datos personales solo pueden ser utilizados para finalidades determinadas (las cuales deben ser informadas previamente al titular), una vez estas hayan sido agotadas el dato personal deberá ser suprimido. Ello implica que la licencia de uso de imagen no es perpetua pues la imagen debe ser eliminada de la base de datos del licenciario una vez haya sido agotado su propósito. En este sentido, si la licencia tuvo por finalidad una campaña publicitaria consistente en un concurso, al finalizar este, la imagen de la persona deberá ser suprimida de todos los archivos. Si se quiere continuar usando la imagen, los usos descritos en la autorización deben ser más amplios que sólo el evento específico.

En síntesis, la aplicación de la legislación de *habeas data* al derecho a la imagen introduce al ordenamiento requisitos, mecanismos y derechos para proteger al titular de la imagen frente al tratamiento que terceros hagan de esta. Entre los requisitos está la obligatoriedad de la autorización previa para el tratamiento de la imagen, la cual debe evidenciar el uso que se hará de ella y debe servir como prueba del consentimiento. También, mediante las políticas de tratamiento de datos personales se le confiere al titular un mecanismo para ejercer algún control sobre el uso de sus propios datos. Además, la introducción de derechos de rectificación, actualización y supresión de datos, así como la revocatoria de la autorización, impone al licenciario un mayor grado de diligencia para evitar la anulación de la autorización de uso. Todo ello debe ser contemplado al momento de elaborar un contrato de licencia de uso de imagen, por cuanto su inobservancia puede provocar su revocatoria.

#### D. SANCIONES

La revocatoria de la licencia no es el único riesgo que se corre por no observar la legislación de datos personales en el tratamiento de una imagen. El artículo 23 de la Ley 1581 de 2012 consagra además unas sanciones que podría imponer la SIC en dicha situación:

- a) Multas de carácter personal e institucional hasta por el equivalente de dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

Las multas podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó;

- b) Suspensión de las actividades relacionadas con el Tratamiento hasta por un término de seis meses. En el acto de suspensión se indicarán los correctivos que se deberán adoptar;

- c) Cierre temporal de las operaciones relacionadas con el Tratamiento una vez transcurrido el término de suspensión sin que se hubieren adoptado los correctivos ordenados por la Superintendencia de Industria y Comercio;
- d) Cierre inmediato y definitivo de la operación que involucre el Tratamiento de datos sensibles.

La sanción puede variar dependiendo de las circunstancias del caso en concreto. Ello debido a que no es necesario aplicar la totalidad de los criterios de graduación de la sanción en cada caso.

Un ejemplo sobre la facultad sancionatoria de la SIC en materia de derecho de imagen se encuentra en el expediente con radicación 13-211943. De conformidad con los hechos del caso, un centro comercial recolectó sin autorización la información personal de menores de edad que participaron en una actividad organizada por el infractor. Dentro de los datos recaudados se encontraban la imagen, el nombre del niño, edad, dirección, teléfono, fecha de nacimiento, nombre del acudiente, número celular y correo electrónico. Posteriormente la quejosa recibió por correo electrónico una solicitud del centro comercial en la cual le pedía completar la información que faltaba en el formulario de inscripción para su base de datos. Adicional a esto el correo contenía la información personal de cada uno de los menores que había participado en la actividad. La quejosa presentó una reclamación al centro comercial, en la cual indicaba no haber autorizado el uso de sus datos personales ni los de su hijo menor de edad.

Por medio de la Resolución 36901 del 30 de mayo de 2014<sup>[44]</sup>, proferida por el Director de Investigación de Protección de Datos Personales, la SIC consideró que el centro comercial realizó un tratamiento no autorizado de datos personales de menores de edad y que tampoco conservó la información con las medidas de seguridad exigidas. En consecuencia impuso una sanción pecuniaria por \$30.800.000. Para ello se basó exclusivamente en el criterio de graduación correspondiente a la dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados.

Casos como el anterior evidencian la facultad sancionatoria de la SIC frente a usos no autorizados de la imagen de personas. Ello demuestra que la ausencia de una autorización, o el uso no adecuado de la imagen, son riesgos que deben ser previstos al momento de elaborar una licencia de uso de imagen. Adicionalmente, los licenciarios deben tener presente que la SIC cuenta con facultades oficiosas<sup>45</sup>

44. La decisión fue apelada y el Superintendente para la Protección de Datos Personales la confirmó en su integridad mediante la Resolución 78169 del 18 de diciembre de 2014.

45. Ley 1581 de 2012 "Artículo 21. Funciones. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

"[...]

"b) Adelantar las investigaciones del caso, de oficio o a petición de parte y, como resultado de ellas, ordenar las medidas que sean necesarias para hacer efectivo el derecho de hábeas data. Para el efecto, siempre que se desconozca el derecho, podrá disponer que se conceda el acceso y suministro de los datos, la rectificación, actualización o supresión de los mismos".

para adelantar investigaciones por violación al régimen de *habeas data*. Por lo tanto, es necesario contar desde el comienzo con la autorización para evitar ser sancionado.

#### E. USOS DE LA IMAGEN COMO DATO PERSONAL QUE NO REQUIERE AUTORIZACIÓN

El artículo 10<sup>[46]</sup> de la Ley 1581 consagra las excepciones al requisito de la autorización previa para el tratamiento de datos personales. Sin embargo, estas no son completamente claras. Si bien es fácil imaginar que la DIAN realice tratamiento de datos personales para efectos de fiscalización o que un juez ordene compartir bases de datos específicas como medida cautelar, las demás situaciones ameritan ser discutidas.

La primera discusión se basa en los datos de naturaleza pública. Pero definir cuáles datos son de naturaleza pública no es sencillo. La SIC podría pronunciarse al respecto dando una definición, pero también se podría acudir al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional. Recuérdese cómo las sentencias T-235A de 2002 y T-034 de 1995 consideraron legítimo fotografiar a personas en espacios públicos y en manifestaciones por cuanto estar en estos espacios constituye una renuncia a la privacidad. Podría pensarse entonces que las imágenes captadas por cámaras de seguridad en espacios públicos estarían amparadas por dicha causal.

En el mismo sentido, en la sentencia T-261 de 1995 la Corte Constitucional analizó si el Sistema Pronta S.A. violó el derecho a la intimidad al haber transmitido a terceros la dirección y el teléfono de un individuo. La corporación consideró entonces que “[e]l conocimiento acerca de la dirección de un individuo es algo que, por el mismo desenvolvimiento de las actividades en el seno de la sociedad y aun por razones físicas de vecindad, no puede mantenerse en secreto”<sup>47</sup>. En el mismo sentido, señaló que “toda persona natural o jurídica titular de una línea telefónica aparece en el directorio telefónico de la respectiva ciudad y allí, para conocimiento público, son registrados los datos en referencia”<sup>48</sup>. En consecuencia, tanto la dirección como el número telefónico tendrían naturaleza pública. Asimismo, sería válido afirmar que “la dirección de correo electrónico tampoco es un dato personal [...] porque a menudo se obtiene fácilmente, haciendo búsqueda sencillas en la world wide web”.

46. Ley 1581 de 2012: “Artículo 10. Casos en que no es necesaria la autorización. La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de:

“a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;

“b) Datos de naturaleza pública;

“c) Casos de urgencia médica o sanitaria;

“d) Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos;

“e) Datos relacionados con el Registro Civil de las Personas”.

47. Corte Constitucional, Sentencia T-261 del 20 de junio de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

48. Corte Constitucional, Sentencia T-261 del 20 de junio de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

No obstante lo anterior, por medio de la Resolución 27650 del 28 de mayo de 2015, la Dirección de Investigaciones de Protección de Datos Personales sancionó a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP por haber enviado publicidad a sus usuarios de planes de telefonía móvil pospago con la imagen de una factura donde aparecía el nombre de una persona y el número telefónico del denunciante. Para ello, reconoció al número celular la calidad de dato personal privado por cuanto “a partir de una simple llamada a dicho abonado, un tercero podría conocer que el mismo en realidad pertenece al denunciante preguntando por la identidad de la persona que contesta la llamada”. En este sentido la SIC se aparta de la posición de la Corte respecto de los números telefónicos, lo cual permite inferir que también lo haría acerca de la dirección y, en consecuencia, de los correos electrónicos personales<sup>49</sup>. Aun así, es pertinente poner de presente que la decisión de la Corte fue proferida en 1995, mucho antes de la expedición de la legislación de *habeas data*. Por tal razón se requiere de un nuevo pronunciamiento de parte de la corporación para ver si la posición se mantiene.

En los casos de urgencia médica o sanitaria las bases de datos pueden contener datos personales y además sensibles. Normalmente esto implica que se requiere de autorización y medidas especiales que garanticen la confidencialidad de los datos. Además, se exige contar con contratos específicos para su eventual transmisión o transferencia. En el evento de que las bases de datos sean requeridas con urgencia ya no sería necesaria la autorización, y en principio cualquier persona podría tener acceso a la información. Por ello la declaración de urgencia debería ser limitada, indicándose las entidades encargadas del tratamiento de la información. Estas deben en todo caso garantizar el principio de acceso y circulación restringida para evitar que cualquier persona tenga acceso a las bases de datos.

En cuanto a la excepción al uso con fines históricos, estadísticos o científicos, también debe haber una mayor claridad, y la misma debe verse en conjunto con el literal e) del artículo 6.º de la Ley 1581. Este aclara que cuando se trata de datos sensibles “deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los Titulares”. El problema surge cuando los datos tratados no ostentan la calidad de sensibles. Bajo este argumento cualquier agencia de publicidad puede alegar que guarda datos personales de particulares con el fin de mantener la estadística de sus producciones.

49. La posición de la SIC no es la misma respecto de los correos corporativos. Esto fue puesto de presente por la Dirección de Investigaciones de Protección de Datos Personales en la Resolución 19444 del 27 de marzo de 2014, donde se decidió acerca de la reclamación presentada por Carlos Alberto Fernández Tabares contra la sociedad Red Gestión Integral SAS, la cual le enviaba publicidad a su correo empresarial sin que él lo hubiera autorizado. En este sentido señaló que “el responsable no estaba obligado a solicitar al reclamante autorización para el tratamiento de su información, teniendo en cuenta que la dirección de correo electrónico corporativo se considera dato público a la luz de lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1377 de 2013”. Esto es así por cuanto el citado artículo 3.º considera datos públicos los “relativos [...] a su profesión u oficio y a su calidad de comerciante”. De ahí que exista una diferenciación entre el correo del trabajo y el personal.

Respecto al uso de datos personales relacionados con el registro civil se presenta una problemática conceptual por cuanto este documento contiene los datos personales por excelencia: nombre, fecha y lugar de nacimiento, información de los padres, entre otros. Esto se puede evidenciar de la Resolución 54559 del 15 de septiembre de 2014, proferida por el Director de Investigaciones de Protección de Datos Personales. La decisión sancionatoria analizó si el entonces candidato al Senado por el partido Cambio Radical, José Francisco García Calume, realizó un tratamiento no autorizado de datos personales al recolectar mediante un formulario los datos personales de diferentes personas. En su defensa, el excandidato señaló que los datos recolectados se encontraban relacionados con el registro civil y por lo tanto en el caso se estaba amparado por la excepción. Como respuesta la SIC indicó que si bien algunos de los datos estaban amparados por la excepción, “los datos que recogió [...] en desarrollo de una actividad de proselitismo político no son datos personales públicos, ya que información relativa al lugar de ubicación y datos de contacto, son datos privados por lo que se requiere la respectiva autorización para ser tratados”. Así las cosas, si bien la regla general es que los datos personales están amparados por el régimen de *habeas data*, aquellos personalísimos, como los contenidos en el registro civil, quedan por fuera.

Debe entenderse que si bien hay casos excepcionales donde no es obligatorio obtener una autorización previa para el tratamiento de datos personales, estos no son completamente claros. Ello obliga a permanecer atentos a la jurisprudencia donde el tema sea aclarado.

## CONCLUSIONES

La imagen de una persona debe ser vista desde una perspectiva amplia. Debe incluirse cualquier rasgo susceptible de permitir su individualización. Así las cosas, el derecho a la imagen recae sobre todos los elementos que conforman al individuo y permiten diferenciarlo de los demás miembros de la sociedad. Para ello es importante reconocer las distintas ramas del derecho que lo regulan, a fin de lograr así una verdadera protección.

En primer término, el derecho de autor confiere la facultad para autorizar y prohibir el uso de la imagen por parte de terceros. Además, reconoce un derecho para su explotación comercial, lo cual dota al derecho a la imagen de un aspecto patrimonial. A ello debe sumarse la condición de derecho conexo que la imagen puede tener en determinadas circunstancias. Todo esto tiene una gran relevancia al momento de elaborar contratos que tengan por objeto el uso de la imagen por cuanto fija los elementos naturales que deben ser tenidos en cuenta.

La legislación autoral no se queda ahí. La protección a la imagen se extiende además a los personajes ficticios que reúnan los requisitos de cualquier otra obra. El resultado son los derechos morales y patrimoniales del autor sobre su personaje.

Adicionalmente, el derecho de autor establece unos casos particulares donde es posible usar la imagen de un tercero sin autorización. Estas tiene como características: el tratarse de situaciones lógicas, semejantes a las excepciones y limitaciones al derecho de autor; estar restringidos al cumplimiento circunstancias específicas; y acudir a la jurisprudencia constitucional como fuente de interpretación.

El segundo régimen analizado demuestra la importancia del desarrollo constitucional para la protección del derecho a la imagen. Principalmente, su reconocimiento como derecho fundamental autónomo le permite gozar de protección a través de la acción de tutela. Ello tiene como resultado que el derecho sea analizado con regularidad por una de las altas cortes, lo cual incide en un desarrollo superior al que ha tenido dentro del derecho de autor. Gracias a ello se ha alcanzado una importante definición tanto de su contenido moral como del patrimonial.

Otro tema que se ha podido estudiar gracias al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional es la situación especial de los personajes públicos. Su importancia radica en la necesidad de encontrar un límite entre el derecho a la intimidad y la libertad de información. Aun así, todavía falta que la Corte se pronuncie respecto de temas como el de si la condición de figura pública puede ser adquirida por la mera conexidad personal con un personaje público.

En cuanto al régimen de propiedad industrial, es fácil identificar su relación con el derecho a la imagen. De ahí que la discusión se centre en cómo proteger este derecho frente a usos que terceros quieran realizar. Por eso es vital definir exactamente el alcance de la protección y determinar si con la solicitud de registro de la imagen como marca se está afectando el buen nombre del titular de ella. Una vez esto es resuelto es posible obtener el registro.

Finalmente, el régimen de *habeas data* se convierte en la legislación más completa acerca de la regulación de este derecho. Ello obedece a que la imagen está conformada por una serie de datos personales asociados a los individuos, y a partir de ellos es posible su identificación. Por tal razón constituye un cambio en las reglas de juego en cuanto a la regulación contractual, pues mientras las otras ramas del derecho se centran en reconocer prerrogativas del derecho a la imagen, la Ley 1581 y el Decreto 1074 establecen requisitos formales que deben ser integrados a las licencias de uso de imagen. Además, crean nuevas situaciones bajo las cuales es posible hacer uso de la imagen de terceros sin contar con su autorización.

## BIBLIOGRAFÍA

### CASOS

BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO. 2007. *Laudo Arbitral en Derecho*. Juan Guillermo Zea Osorio vs. Caracol Televisión S.A., s.l.: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 31 de agosto de 2007.

- Corte Constitucional, Sentencia SU-1723 del 12 de diciembre de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia T-235A del 4 de abril de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia T-034 del 6 de febrero de 1995, M.P.: Fabio Morón Díaz
- Corte Constitucional, Sentencia T-611 del 15 de diciembre de 1992, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-405 del 24 de mayo de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-748 del 6 de octubre de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Corte Constitucional, Sentencia T-261 del 20 de junio de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-090 del 6 de marzo de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-471 del 6 de julio de 1999, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-904 del 3 de diciembre de 2013, M.P.: María Victoria Calle Correa.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Delegado de Propiedad Industrial Jose Luis Londoño Fernández, Resolución 102998 del 30 de diciembre de 2015.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Propiedad Industrial, Directora de Signos Distintivos Maria José Lamus Becerra, Resolución 55047 del 24 de septiembre de 2012, Expediente 12- 055272, Marca “Débora Arango”.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Protección de Datos Personales, Director de Investigaciones de Protección de Datos Personales Carlos Enrique Salazar Muñoz, Resolución 19444 del 27 de marzo de 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Protección de Datos Personales, Director de Investigaciones de Protección de Datos Personales Carlos Enrique Salazar Muñoz, Resolución 27650 del 28 de mayo de 2015
- Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Protección de Datos Personales, Director de Investigaciones de Protección de Datos Personales Carlos Enrique Salazar Muñoz, Resolución 54559 del 15 de septiembre de 2014
- Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Protección de Datos Personales, Director de Investigaciones de Protección de Datos Personales Carlos Enrique Salazar Muñoz, Resolución 36901 del 30 de mayo de 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Protección de Datos Personales, Director de Investigaciones de Protección de Datos Personales Carlos Enrique Salazar Muñoz, Resolución 19444 del 27 de marzo de 2014

## CONCEPTOS

- Mora Cuéllar, Miguel Antonio. Concepto 1-2014-11493. Bogotá D.C.: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2014.
- Mora Cuéllar, Miguel Antonio. Concepto 1-2014-22258. Bogotá D.C.: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para la Protección de Datos Personales de la SIC, Oficina Asesora Jurídica, William Antonio Burgos Durango, Concepto n.º 33980 del 2 de abril de 2013.

## DOCTRINA

- BEDOYA C., JORGE ANDRÉS. “El contrato de merchandising: una realidad comercial atípica amparada por todas las esferas del derecho”, en *Revista de Derecho Privado* n.º 47, 2012, pp. 1-20.
- BERTONE, LUIS EDUARDO y GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS. *Derecho de Marcas*, vol. I, t. I, 3.ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2008.
- Caracol Televisión S.A. 2015. Yo me llamo - Participantes. *Caracol TV*. [En línea] 15 de julio de 2015, en [www.caracol.com/programas/realities-y-concursos/yo-me-llamo-america/participante/rafael-orozco-colombia].
- CEBALLOS DELGADO, JOSÉ MIGUEL. “Aspectos generales del derecho a la propia imagen”, en *La Propiedad Inmaterial* n.º 15, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*, I, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- MARTIN, GUY. “Nespresso Sues Israel’s Espresso Club Over George Clooney Lookalike Brew-haha - Forbes”, en *Forbes*, [www.forbes.com], 2016.
- PEÑA VALENZUELA, DANIEL. “La explotación de bienes intangibles vinculados con actividades deportivas”, en *La Propiedad Inmaterial* n.º 9, 2006.
- Promotora de Café Colombia S.A. – Procafecol S.A. Nuestro Ícono. *Juan Valdez Café*, en línea, citado el 14 de marzo de 2015, [www.juanvaldezcafe.com/es/juan-valdez-cafe/nuestro-icone].
- RÍOS RUIZ, WILSON RAFAEL. “La causal de irregistrabilidad marcaria, frente a los derechos de autor de un tercero (derecho de autor sobre los títulos de obra literarias, artísticas o científicas y los personajes ficticios o simbólicos)”, en *La Propiedad Inmaterial* n.º 8, 2004.
- RÍOS RUIZ, WILSON RAFAEL. *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC’S)*, Bogotá, Universidad de los Andes y Temis.

TOBÓN FRANCO, NATALIA. *Libertad de expresión y derecho de autor. Guía legal para periodistas*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

TOBÓN FRANCO, NATALIA. *Libertad de expresión, derecho al buen nombre, a la honra y a la imagen. Guía para periodistas*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2015.

#### NORMAS

Ley 23 de 1982.

Decisión Andina 351 de 1993, Comunidad Andina.

Tratado de Beijing de 2012, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Constitución Política de Colombia.

Decreto 2591 de 1991.

Decisión Andina 486 de 2000, Comunidad Andina.

Ley 1581 de 2012.

Decreto Único 1074 de 2015.

Decreto Reglamentario 1377 de 2013.