

Dos problemas jurídicos alrededor de las fotografías: la originalidad y el derecho a la intimidad

Natalia Tobón Franco[1]

Eduardo Varela Pezzano[2]

Durante mucho tiempo se pensó que las fotografías, por ser una reproducción mecánica de la realidad, no ameritaban la protección del derecho de autor. Sin embargo, a finales del siglo XIX, cuando se presentó en Estados Unidos una disputa sobre la titularidad de los derechos de autor sobre unas fotografías en las que aparecía Oscar Wilde, una corte norteamericana admitió, en una decisión que se convirtió en precedente judicial, que algunas fotografías son verdaderas obras de arte pues su autor, el fotógrafo, introduce en ellas todo su ingenio y creatividad al escoger el color, la decoración y la luz, entre otros[3].



Famosa fotografía de Oscar Wilde sobre la cual versaba el caso *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 111 U.S. 53, 4S. Ct. 279,28 L. 349 (1884).

El Convenio de Berna, que es la columna vertebral de la legislación sobre derechos de autor en el mundo, define las obras fotográficas como aquellas que se expresan a través de procesos análogos a la fotografía. Algunos países como Colombia, al desarrollar esta disposición, han considerado que las fotografías son objeto del derecho de autor bajo la condición de que sean originales y se puedan reproducir. Otros, como Alemania y España, exigen que la fotografía tenga al menos una chispa de creatividad artística[4].

Este artículo trata sobre dos asuntos de actualidad para quienes se dedican al derecho de autor: el de la originalidad en las fotografías y la posibilidad de que el derecho a la intimidad limite la creatividad del fotógrafo.

[1] Abogada de la Universidad de los Andes (Bogotá), magistra en Propiedad Intelectual, Comercio y Tecnología de Franklin Pierce Law Center (New Hampshire). Actualmente dicta varias cátedras en la Universidad del Rosario (Bogotá). Es autora de varios libros sobre propiedad intelectual y responsabilidad de los abogados.

[2] Abogado y especialista en Propiedad Intelectual de la Universidad del Rosario (Bogotá), donde es profesor de la misma materia. Es autor del libro *Tecnologías peer-to-peer, derechos de autor y copyright* y coautor de la obra *Derecho de autor para creativos*. Actualmente es abogado asociado de la firma Cavelier Abogados, Colombia.

[3] *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 4S. Ct. 279,28 L. Ed.349 (1884).

[4] Goldstein, Paul. *International copyright: Principles, law and practice*, Oxford University Press, 2001, pp. 172-173. En Colombia, si bien la legislación expresamente establece que la obra de carácter fotográfico debe incluir “mérito artístico” (art. 89, L.23/82), lo cierto es que la Dirección Nacional de Derecho de Autor registrará como obra protegida por el derecho de autor cualquier tipo de fotografía, siempre que sea original, pero sin importar su condición artística.

I. EL DERECHO DE AUTOR SÓLO SE PREDICA DE OBRAS ORIGINALES

La originalidad es condición necesaria para la existencia del derecho de autor[5]. El problema es que no existe un concepto claro de lo que es la originalidad. Para algunos un trabajo es original cuándo no es copiado de otro y para otros, una obra es original cuando tiene, al menos, una chispa de creatividad.

Al respecto hay al menos dos premisas que no tienen discusión:

- Que la originalidad no es sinónimo de belleza ni está relacionada con el destino de la obra. Esta afirmación resulta muy importante en áreas como la publicidad, pues hace más de un siglo en Estados Unidos se discutía si las obras que tenían un fin comercial -como un poster o un afiche-, que se reproducían en masa, podían o no protegerse a través del derecho de autor[6]. En esa ocasión, la Corte Suprema estadounidense falló a favor de la protección de los anuncios co-

[5] “El sine qua non del derecho de autor es que exista originalidad” — *Mannion v. Coors Brewing Co.*, 2005 U.S. Dist. Memorandum Opinion. Lewis A. Kaplan. District Judge, citando *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991)—. *Feist* es un caso clásico de derechos de autor en el que el titular de unos directorios telefónicos demandó a otro por plagio. La Corte sentenció que, al menos en lo que toca con el derecho de autor, no había plagio pues lo que este derecho protege es la originalidad y organizar los nombres, direcciones y teléfonos de distintas personas en orden alfabético, si bien es una tarea que exige mucho trabajo —sudor de la frente mencionó la Corte—, ello no necesariamente conduce a que el resultado sea original.

[6] Se trataba del afiche de un circo. Muchos pensaban que los afiches “no eran arte”. La Corte Suprema de Estados Unidos respondió que los jueces no eran las personas encargadas de decidir qué es arte y que no lo es —*Bleinstein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 23 S. Ct 298, 47 L.Ed. 460 (1903)—.

merciales, siempre que fueran originales y mostraran al menos un mínimo de creatividad[7].

- Que no es ni el tiempo invertido, ni la exhaustiva investigación los que determinan que una obra sea original. Esto significa que una obra no es necesariamente original porque se ha invertido en ella muchas horas de trabajo. Un caso ocurrido en Estados Unidos ilustra bien esta afirmación. En *Miller v. Universal City Studios, Inc.*, el demandante había dedicado 2500 horas de investigación en la preparación de un libro sobre un secuestro en el cual la víctima había sido mantenida en un ataúd. Universal Studios hizo una película sobre el mismo tema y no le pagó regalías al autor del libro que demandó a los estudios cinematográficos. Sin embargo, el autor del libro finalmente perdió el proceso, pues la Corte sentenció que lo que estaba protegido por los derechos de autor era la forma cómo había escrito la obra pero no su investigación. Al fin y al cabo, los hechos a los que se refirió fueron públicos y habían sido revelados en todos los medios de comunicación. La Corte insistió que “es la originalidad y no el tiempo y sudor de la frente que se gasta en la investigación” lo que permite la protección mediante derechos de autor[8].

1. La originalidad en la fotografía

Si el requisito de la originalidad es condición sine qua non del derecho de autor, ¿cómo determinar entonces si una fotografía es original? En Estados Unidos esta pregunta se formula de manera recurrente en los estrados judiciales y hay consenso en el sentido de afirmar que una fotografía puede ser original de varias formas:[9]

- Porque ha plasmado la realidad de manera única. Aunque varios fotógrafos pueden tomar idénticas fotogra-

[7] *Ibidem.*

[8] *Miller v. Universal City Studios, Inc.*, 650 F. 2d 1365 (5th Cir. 1981)

[9] *Mannion v. Coors Brewing Co.*, *cit.*, *supr*

fías de las mismas personas, animales, paisajes o cosas, en el mismo momento e inclusive con misma luz y misma cámara, lo que hace que una foto sea original es el resultado;

· Porque fue tomada en el momento perfecto. Una fotografía puede ser original porque fue tomada en el lugar correcto y en el momento preciso, lo cual, la mayoría de las veces, es muy difícil de reproducir. El trabajo del fotógrafo es precisamente determinar cuál es el momento preciso para tomar la foto.

· Porque recrea una escena muy especial. Los jueces han dicho que este es uno de los pocos casos en los que se protege no solo la fotografía sino la escena que fue creada, ambientada por el fotógrafo, para obtener el resultado deseado. Precisamente por ello es que, en estos casos, el fotógrafo no solo puede evitar que se reproduzca su fotografía sino también que imiten el ambiente que se recreó para tomarla[10].

Estos requisitos fueron expuestos en el caso norteamericano *Mannion v. Coors Brewing Company*. Mannion es un fotógrafo independiente especializado en fotografías de atletas y músicos. En 1999 realizó unas fotografías de Kevin Garnett, un famoso jugador de baloncesto negro, para la revista deportiva *SLAM*. El artículo sobre Garnett, titulado “Sobre las nubes”, apareció ilustrado con varias de las fotografías captadas por Mannion. Especialmente una de ellas mostraba al deportista lleno de cadenas y pulseras de oro y plata, vestido con ropa deportiva y dando un salto con cielo azul de fondo.

Dos años después de la publicación de la fotografía en la revista, una agencia de publicidad elaboró unos afiches anunciando la cerveza *Coors Light* y utilizó una fotografía de un joven negro, que no era Garnett, usando ropa deportiva, varias cadenas de oro y plata, en una pose, un ángulo y un cielo similar al utilizado en la foto de Garnett tomada por Mannion. El fotógrafo demandó a *Coors Light* por plagio y dicha empresa se defendió, entre otras, diciendo que la foto de Mannion carecía de originalidad.

[10] *Ibidem*.

El juez, al emitir su opinión, advirtió lo siguiente:

· Lo más importante para proteger una fotografía a través del derecho de autor es que la misma sea original[11]. Originalidad en esta materia significa que la obra debe ser creada de manera independiente —en oposición al trabajo copiado— y poseer, al menos, un grado mínimo de creatividad[12].

· La jurisprudencia ha evolucionado desde el famoso caso de las fotos de Oscar Wilde. Es así como hoy ya se ha establecido que la sola selección del lente, la luz, la posición, el filtro, e incluso la clase de rollo no necesariamente determinan que la foto sea original;

· El derecho de autor no protege el esfuerzo, el tiempo, o “el sudor de la frente” que una persona, en este caso un fotógrafo, pone en su obra. Lo que protege el derecho de autor es la creatividad que se observa en el resultado. Un fotógrafo puede haber dedicado mucho interés y tiempo a realizar una obra pero el resultado puede no ser original[13]. Para ilustrar esta última afirmación, el juez citó el caso *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.* Aquí se estableció que unas fotografías de unas obras de la pintura clásica carecían de derechos de autor porque el fotógrafo había creado unas obras idénticas a las pinturas originales. Si bien es cierto que para lograr ese resultado el fotógrafo requirió mucho esfuerzo y pericia, y tuvo que escoger muy bien el ángulo, el rollo y la luz, el resultado no fue original debido a que en las fotografías no quedó nada de su personalidad[14].

Además de alegar la falta de originalidad de la fotografía de Mannion como defensa en el caso de plagio, la em-

[11] *Ibidem.*

[12] Éste requisito, como ya se explicó, debe ser omitido por obvias razones.

[13] *Ídem.*

[14] *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y. 1999).

presa Coors Light indicó que entre la fotografía publicada en la revista SLAM y su publicidad existían varias diferencias: el deportista no era el mismo, la camiseta utilizada era diferente y el afiche tenía una superpuesta una lata de cerveza y las palabras “Iced Out” que marcaban la pauta publicitaria. El juez, sin embargo, respondió a este último argumento indicando que en un proceso de plagio no basta con citar las diferencias específicas de una obra con otra para probar que no ha habido copia. Más bien y por el contrario, hay que probar, sobre todas las cosas, que las similitudes no son sustanciales[15].

2. Originalidad y plagio

Cuando una obra es copia de otra no sólo no hay originalidad sino que hay plagio. ¿Pero, qué pasa cuando la obra no es idéntica pero presenta pocas, algunas o muchas similitudes? En Estados Unidos se habla de plagio por similitud sustancial cuando las similitudes entre una obra y otra son suficientes para que un observador medio se confunda. El problema es determinar cuáles y cuántas similitudes entre dos obras de arte son suficientes para que un observador medio se confunda.

El juez Learned Hand, a principios del siglo XX, creó el “Test Hand”, para establecer si hay plagio o no entre dos obras literarias. Dicho test consiste en hacerse, en cada caso concreto, las siguientes preguntas[16]:

- ¿Hay identidad literal entre una obra y otra?
- Si no hay identidad literal, hay que mirar si hay similitud sustancial (substantive similarity).
- Para determinar si hay similitud sustancial, lo primero que hay que hacer es extraer de la historia los lugares comunes.

[15] Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 81 F.2d 49, 56 (2d Cir.1936).

[16] Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

· Después de sustraer los lugares comunes, es necesario verificar si hay similitud sustancial en lo que queda del trabajo y a esto aplicarle el Abstraction Test que consiste en fijar una línea recta entre lo que es la idea pura de la obra en un extremo y la expresión pura de la misma en el otro. A medida que la idea se va “cocinando” o “condimentando” con detalles, descripciones, escenas, secuencias de eventos e incidentes concretos la historia se vuelve más compleja y resulta más difícil de resumir en pocas palabras. Entre más similitudes haya entre “los condimentos” mayor posibilidad hay de encontrar una infracción al derecho de autor.

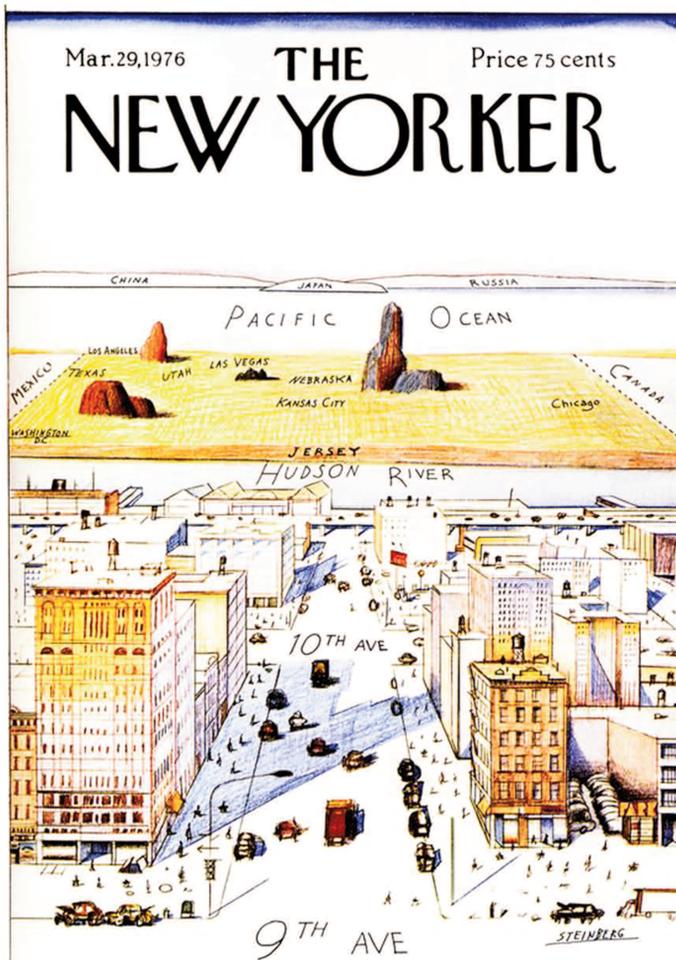
El test Hand sigue aplicándose para determinar la similitud sustancial en todo tipo de obras, inclusive, pictóricas. Uno de los casos en que se utilizó fue el de Steinberg v. Columbia Pictures[17]. Steinberg, un famoso ilustrador, creó el póster clásico de Nueva York que utiliza el diario The New Yorker. Posteriormente, Columbia Pictures utilizó un póster “similar” al de Steinberg para promocionar la película Moscow on the Hudson, sobre las aventuras de en Nueva York de un inmigrante ruso personificado por el actor Robin Williams. Steinberg demandó a Columbia Pictures y ganó el proceso. A continuación un resumen de las siguientes afirmaciones de la Corte:

- Nadie es dueño de la idea de usar un mapa para ilustrar algo.
- Está claro que un mapa de la ciudad de Nueva York debe incluir edificios, calles y vehículos (lugares comunes) pero el demandante no alega la copia de lugares comunes sino del estilo mediante el cual él, como ilustrador, expresó esos elementos.
- El estilo de cada artista es algo individual que se observa en la forma como expresa sus ideas. El estilo imaginativo y exagerado del mapa de la ciudad de Nueva York

[17] Steinberg v. Columbia Pictures Industries. 663 F. Supp. 706 (S.D.N.Y. 1987).

de Steinberg es original hasta el punto en que se considera la firma del artista o su hallmark.

- A primera vista se observa que el estilo y la puesta en escena de las dos ilustraciones es similar.
- Ni la exhibición de la ciudad de Moscú al fondo ni el uso de algunos sitios emblemáticos de la ciudad de Nueva York como el Empire State Building son susceptibles de eliminar la similitud sustancial entre las dos ilustraciones. Al fin y al cabo, dice la sentencia, “Como escribió el juez Learned Hand, ningún plagio puede excusar sus malas acciones mostrando la proporción de la obra que no copió”[18].





3. Las fotografías y las obras derivadas

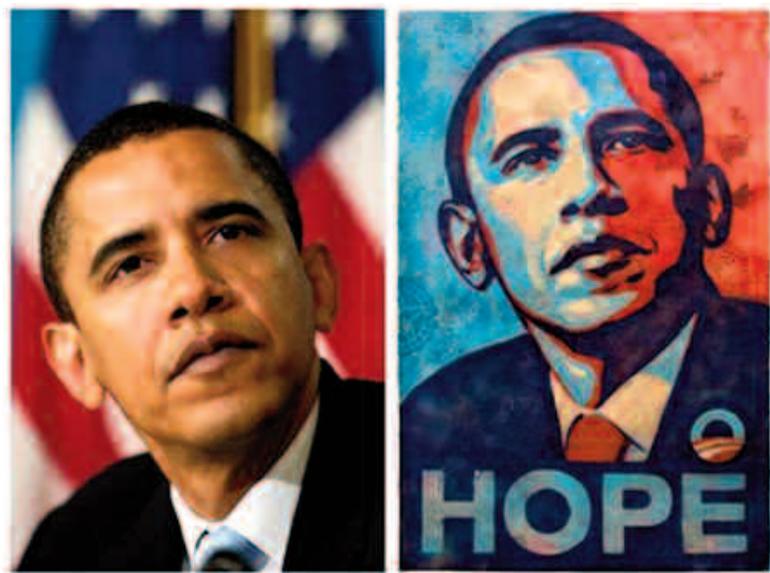
En el año 2008 la Associated Press demandó por infracción a sus derechos de autor al creador del notorio afiche del actual presidente de los Estados Unidos, Barak Obama. La Associated Press alegó que la obra del artista Shepard Fairey vulneró los derechos de la compañía porque la obra es una modificación de una fotografía tomada por empleado, el fotógrafo Manny García.

Por su parte, Fairey, el autor del afiche, aceptó que había elaborado su obra a partir de una imagen del Presidente Obama que encontró en Google pero aclaró que no tenía conocimiento alguno sobre la propiedad de la fotografía. El problema en realidad consiste en que el afiche del artista había sido impreso en camisetas, revistas, noticias, buses, pancartas, chaquetas y en otros medios publicitarios, representando ganancias patrimoniales para su creador, por lo cual la Associated Press quería parte de esas ganancias. El caso terminó en transacción confidencial en enero 12 de 2011.

Sin embargo, las preguntas que generó el caso siguen estando vigentes: ¿El afiche de Obama es una obra derivada? Si no puede ser una obra derivada porque la AP no ha autorizado su creación (asumiendo que sí existe titularidad sobre la foto a la cual está haciendo alusión), entonces ¿qué derechos tiene el artista sobre su obra? ¿Hay un uso honrado por tratarse de la fotografía de un personaje público?[19].

[18] “No plagiarist can excuse the wrong by showing how much of his work he did no pirate” —Sheldon v. Metro Goldwyn Pictures Corp. 81 F. (2d. Cir)—.

[19] El fotógrafo Manny García, por su parte, ha manifestado que al momento de tomar la foto del presidente Obama no era empleado de la Associated Press. Esto implicaría que, después de todo, la AP no es la legítima titular del derecho de autor sobre la fotografía del presidente Obama. García, en cambio, sí lo sería, y por lo tanto él y sólo él tendría derecho de demandar a Fairey. Al respecto, véase en: <http://viewfromaloft.typepad.com/viewfromaloft/2009/02/add-a-twist-for-ap-vs-fairey-photographer-may-hold-the-copyright.html>.



Pero aún más importante es el hecho de que el afiche solo está utilizando la fotografía de Obama como un “referente”, pues el presidente fue fotografiado en una audiencia pública, adoptando una postura común, que bien pudo haber sido fotografiada por otro artista en el mismo preciso instante. De ser ese el caso, ese fotógrafo también podría haber reclamado a Fairey (el autor del afiche) —e incluso a la Associated Press— por una supuesta infracción al derecho de autor.

4. Derecho de autor sobre fotografías en Colombia

El legislador colombiano expresamente estipuló que las fotos están protegidas por el derecho de autor si son originales y se pueden reproducir[20]. No obstante, algunos autores señalan que las fotografías mecánicas, como las tomadas para documentos de identidad, no gozan de tal protección[21].

[20] Art. 2º, L. 23/82 y art. 3º, D.351/93.

Adicionalmente, el legislador colombiano trae ciertas previsiones específicas que facilitan el manejo de la propiedad intelectual sobre las fotografías:

· Toda copia o reproducción de una fotografía debe llevar impreso, de modo visible, el nombre del autor y el año de su realización[22]. Éste requisito es inoperante, pues la protección del derecho de autor nace con la manifestación de la idea;

· La tradición del negativo presume la cesión de la fotografía y de su derecho de reproducción[23]. No obstante, y por tratarse de un derecho patrimonial, el fotógrafo y su cliente pueden pactar lo contrario;

· Cuando un acto, acuerdo o contrato verse sobre la ejecución de una fotografía, pintura, dibujo, retrato, grabado u otra obra similar, la obra realizada será de propiedad de quien ordene la ejecución[24]. Aquí, al igual que en el punto anterior, las partes pueden pactar lo contrario;

· La enajenación de una obra pictórica, escultórica o de arte figurativo, en general[25], no le confiere al adquirente el derecho de reproducción, que seguirá siendo del autor o

[21] Rubio Torres, Felipe. Propiedad intelectual para la MIPYME, USAID, 2008, p. 86.

[22] “El autor de una obra fotográfica, que tenga mérito artístico (este requisito no aplica) para ser protegida por la presente ley, tiene derecho a reproducirla, distribuirla, exponerla y ponerla en venta, respetando las limitaciones de los artículos anteriores y sin perjuicio de los derechos de autor cuando se trate de fotografías de otras obras de las artes figurativas. Toda copia o reproducción de la fotografía llevará impresos de modo visible el nombre de su autor, y el año de su realización”. Colombia, Art. 89, L. 23/82.

[23] Colombia Art. 186, L. 23/82.

[24] Colombia Art. 184, L. 23/82.

[25] “El arte figurativo es el arte que representa la realidad de forma fiel o semejante, en oposición a los abstractos”. Tomado de Diccionario de la Real Academia de Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. <http://buscon.rae.es>.

de sus causahabientes[26]. Sin embargo, las partes pueden pactar que la enajenación de la fotografía incluya la transmisión del derecho de reproducción;

- Las fotografías que se toman con el fin de informar al público sobre un hecho noticioso, se pueden reproducir libremente[27];

- Es posible fotografiar libremente pinturas, esculturas, edificios y en general cualquier obra que esté colocada de modo permanente en vías públicas, calles o plazas. Es más, estas fotografías se pueden reproducir, distribuir y comunicar públicamente sin necesidad de autorización del autor de la escultura, pintura o en general obra que se encuentra en la vía pública. Sin embargo, tratándose de obras de arquitectura, esta disposición sólo es aplicable a su aspecto exterior[28].

- Si se trata de fotografías de obras de arte que toman los visitantes de los museos la situación es un poco diferente pues como las distintas formas de utilización de una obra son independientes entre sí, hay que tener claro que lo que está permitido es la reproducción pero no la distribución de las copias de las obras así reproducidas. “Es decir que un visitante del museo puede, a la luz de la disposición que viene de transcribirse, por ejemplo, tomar fotografías de una escultura o pintura, pero no está facultado para distribuir a ningún título postales con dichas reproducciones” [29]. El museo puede adoptar medidas para la protección

[26] Colombia Art. 185, L. 23/82.

[27] El artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993 dispone que es permitido reproducir y poner al alcance del público, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, las informaciones, fotografías, obras cinematográficas vistas u oídas en curso de acontecimientos de actualidad y en la medida justificada por el fin de la información.

[28] Colombia, Art. 39, L. 23/82.

[29] El artículo 39 de la Ley 23 de 1982 dispone: “Será permitido reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, las obras que estén colocadas de modo permanente en vías

de su colección “por ejemplo, el museo podría prohibir a los usuarios del mismo tomar fotografías de las obras expuestas, en virtud del efecto dañino que sobre el soporte material de las obras produce el flash de la cámara” [30].

II. MÁS ALLÁ DEL TEMA DE LA ORIGINALIDAD EN LAS FOTOGRAFÍAS: EL DERECHO A LA INTIMIDAD

1. Fotografías de personas que sean personajes públicos o gente del común

En Colombia, como en la mayoría de los países, quienes toman fotografías de personas, sean personajes públicos o gente del común, sin autorización, deben tener cuidado y ser conscientes de que podrían encontrarse violando el derecho a la imagen de tales personas.

El derecho a la imagen es el derecho que tiene todo ser humano de controlar la difusión de imágenes que reproduzcan su cuerpo o partes de él, incluyendo un simple detalle físico que los haga reconocibles[31].

El principio general que rige la materia es que no se permite reproducir la imagen de una persona salvo que exista su consentimiento expreso. Sin embargo, este principio, en Colombia, tiene varias excepciones:

o La publicación de un retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general[32];

públicas, calles o plazas, y distribuir y comunicar públicamente dichas reproducciones u obras. En lo que se refiere a las obras de arquitectura esta disposición sólo es aplicable a su aspecto exterior”. La Dirección Nacional de Derecho de Autor, en la Circular 8, cit. supra., asimila vías públicas, calles o plazas a lugares abiertos al público e incluye museos.

[30] *Ibidem.* em.

[31] Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-090 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

o La publicación de un retrato es libre cuando se relaciona con hechos o acontecimientos de interés público[33];

o La publicación de un retrato es libre cuando se relaciona con hechos o acontecimientos que se hubieren desarrollado en público[34];

o La publicación de un retrato es libre cuando el personaje público o la persona del común renuncia a su derecho a la intimidad[35];

o La publicación de un retrato es libre cuando la información que se trasmite con la fotografía es de relevancia pública, aunque teniendo en cuenta la calidad de la persona y el contenido de la información[36].

En cuanto a fines científicos, didácticos y culturales, la doctrina ha dicho que solo se permite publicar una imagen cuando ello sea indispensable para lograr el propósito perseguido. “Así, por ejemplo, se puede ilustrar, con la imagen del presidente Ospina Pérez, un escrito referente a los sucesos del 9 de abril, pero no se puede revelar la imagen de una persona que sufra de artritis para mostrar las deformaciones que ocasiona la enfermedad” [37].

Sobre los hechos verificados en público, Muñoz dice: “ellos se refieren a lo que tratadistas extranjeros denominan hechos de crónica, acontecimientos siempre pasados, y la imagen que se divulga tiene que relacionarse con lo que

[32] Colombia, Art. 36, L.23/82. Una previsión similar se encuentra en el artículo 31 de la Ley 11723 de 1933 de Argentina: Art. 31. —“(…) Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

[33] Colombia, Art. 36, L.23/82.

[34] Colombia, *Ibíd.* em.

[35] Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-1723 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[36] *Ibíd.* em.

[37] Pachón Muñoz, Manuel. Manual de derecho de autor, Temis, 1988, p. 88.

pasó, sin que, pueda publicarse, por ejemplo, la imagen de una joven que fue la causante de una riña entre dos de sus pretendientes” [38].

Respecto a hechos de interés público, “tiene que haber relación de causalidad entre la información y la imagen: así, podrá publicarse la fotografía de Luz Marina Zuluaga en una crónica sobre reinados de belleza pero no se puede considerar que sea libre la publicación de la foto de cualquier mujer bonita so pretexto de que bien hubiera podido ser reina” [39].

Específicamente sobre la renuncia a la intimidad, en Estados Unidos existe un proyecto de ley —Camera Phone Predator Alert Act (H.R. 414)— que exige a quienes tengan una cámara fotográfica en sus celulares que activen un sonido audible, en un radio de acción razonable, cada vez que toman fotografías de personas en sitios públicos. ¿Servirá esto para probar que la persona renunció a su derecho a la intimidad? Varios medios de comunicación se han burlado de este proyecto y han sugerido que por lo menos se deje escoger a las personas el tipo de sonido que su celular—cámara va a hacer[40].

Otras legislaciones como la argentina son más específicas en la regulación del consentimiento que pueden dar las personas para reproducir y poner en el comercio su imagen:

“(...) El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publica-

[38] *Ibidem.* em.

[39] *Ibidem.* .

[40] Tomado de Lasar, Matthew, Congress gets bill to make cell phone cameras go click, ARS Technica, 26 de enero de 2009, en: <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2009/01/congress-gets-bill-to-make-cell-phone-cameras-go-click.ars> .

ción es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios”[41].

2. Si el autor de la fotografía no obtiene autorización de la persona que aparece en ella y utiliza la obra con fines comerciales

La Corte Constitucional colombiana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a la imagen de una menor cuya foto fue utilizada, sin autorización, para ilustrar una etiqueta comercial[42]. El alto tribunal constitucional ordenó a la empresa sacar del comercio todos los productos que tuvieran la imagen de la menor en etiquetas y explicó que ni la imagen ni la identidad de una persona pueden ser apropiadas, expuestas o reproducidas sin su autorización. En Estados Unidos ocurrió un caso similar, sólo que con un personaje famoso y no se trataba de una fotografía sino de una obra audiovisual. Samsung hizo un comercial de televisión que, aunque no mostraba la imagen explícita de una famosa presentadora de televisión, si aludía a ella, al menos a su cabellera y a su forma de vestir, que se habían convertido en sus signos distintivos. La presentadora demandó al anunciante alegando que sólo ella tenía derecho a explotar su imagen y ganó el proceso[43].

[41] Colombia, Art. 31 de la Ley 11723 de Argentina sobre Derecho de Autor.

[42] Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-471 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández.

[43] *White v. Samsung Electronics America, Inc.* U.S. 951, 113 S. Ct. 2443, 124 L. Ed. 2d 660 (1993). Sin embargo, el famoso juez californiano Alex Kozinski salvó el voto y sostuvo que las celebridades públicas no tienen el monopolio sobre su imagen —por lo menos la que transmiten ante el público— toda vez que ésta pertenece al dominio público. “Sobreprometer la propiedad intelectual es tan nocivo como no protegerla. La creatividad es imposible sin información que se encuentre en el dominio público. Nada, literalmente nada desde que descubrimos el fuego, es genuinamente nuevo: la cultura, como la ciencia y la tecnología, se

3. Si el autor de la fotografía no obtiene autorización de la persona, pero utiliza la obra con fines culturales

Otra es la situación, por ejemplo, de las fotografías de personas comunes en la calle, que son tomadas sin su consentimiento y luego son exhibidas en museos o en exposiciones con fines culturales.

En Colombia se presentó un caso cuando un individuo interpuso una tutela contra una institución cultural por considerar que la exhibición pública de su imagen montando bicicleta junto a un burro en una fotografía vulneraba su derecho a la intimidad.

La Corte negó la tutela presentada considerando que “[L]a fotografía reseñada, como podría ocurrir con cualesquiera otras del mismo talante, sencillamente se limita a registrar un momento de la existencia protagonizada por el peticionario, existencia que por lo demás dependía y sigue dependiendo de sus decisiones personales dentro del entorno socio-económico que le es propio. Precisamente la fotografía tiene como uno de sus propósitos cardinales el de consignar documentariamente realidades visualmente perceptibles que en un momento determinado están ocurriendo, sobre las cuales únicamente tiene el poder de ‘detener’ en el tiempo y para la posteridad la dinámica de las imágenes y sus movimientos”[44].

produce gracias al trabajo de los otros. La sobreprotección entonces ahoga las fuerzas creativas que se supone protege (...) ¿Dónde estaríamos si Charles Lindbergh tuviera el derecho exclusivo sobre el concepto de aviador independiente? ¿Si Albert Einstein hubiera patentado la teoría de la relatividad? ¿Si cada autor o celebridad tuviera el derecho de evitar que los demás comenten su trabajo o se burlen de él? Seguramente esto haría el mundo más pobre y no más rico, cultural y económicamente. He ahí el por qué es necesario hacer balances cada que se aplican las normas de propiedad intelectual entre lo que se le otorga a su titular y lo que se le deja al dominio público, es decir, a todos nosotros”.

[44] Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1233 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

4. *Fotografías de operaciones quirúrgicas*

Mención aparte merece la publicación de fotos de operaciones quirúrgicas u otras fijaciones de carácter científico. Estas fotografías sólo pueden exhibirse previa autorización del paciente o sus herederos o por el cirujano o jefe del equipo médico correspondiente[45].

Pero el asunto es más complejo. Por ejemplo, el parto de una mujer está cubierto por su intimidad personal por lo que su difusión está bastante restringida, incluso, aunque ella lo autorice. Un caso ocurrido en Colombia explica esta afirmación. La Corte Constitucional falló a favor del derecho a la intimidad de una mujer que, si bien había consentido que se filmara y transmitiera su parto en el agua en el marco de un programa televisivo estrictamente cultural, se encontró años después con que la programadora había utilizado las mismas imágenes para otros programas, que distaban mucho de aquel para el cual ella había autorizado. Precisamente en uno de esos programas posteriores, las imágenes habían sido utilizadas para ilustrar a la audiencia cómo las mujeres de clase alta dan a luz, en comparación con las dificultades por las que pasan las mujeres humildes en la misma situación. El texto de ese programa era el siguiente:

“A es una de las miles de madres que llegan al Materno Infantil sin saber casi nada sobre su embarazo”. “B, en cambio, como muchas otras madres en condiciones más favorables, desde el primer instante se preparó para el nacimiento de su hijo”. Para concluir: “Son dos madres en las mismas circunstancias pero de mundos diferentes. Una, pudo dedicarle al bebé todo su tiempo desde antes de nacer. Para A el problema era sobrevivir para mantener a su hijo (...)”. En seguida, B afirma: “Yo estuve haciendo clases de yoga durante seis meses”. El segmento termina con las siguientes anotaciones: “Dos bebés llegaron a este mundo. Sus madres, rodeadas de dos ambientes

[45] Art. 90, L.23/82.

muy diferentes, los esperaron. El uno, fue un niño más entre los treinta que nacen diariamente aquí en el Instituto Materno Infantil. El otro, fue tal vez el único que nació, ese día, en un centro para la atención de la mujer”[46].

La Corte ordenó a la programadora cesar toda transmisión, exposición, reproducción, publicación, emisión y divulgación pública de las imágenes del parto de B y solicitó a la Comisión Nacional de Televisión que, con base en sus facultades legales, evitara y sancionara la transmisión y reproducción de las imágenes del parto de B en la televisión nacional[47].

5. El derecho a ser dejado en paz - The right to be left alone

La doctrina norteamericana denomina el núcleo esencial del derecho a la intimidad como “the right to be left alone”, es decir, como el derecho a ser dejado solo. Este derecho se enunció claramente en 1959, cuando un periodista fotografió a la actriz Brigitte Bardot al interior de su residencia y publicó tales fotografías sin autorización en un diario. El Tribunal norteamericano resolvió que esa conducta violaba el derecho a la intimidad de la actriz.[48]

“Nótese como, en este caso, la vulneración del derecho a la intimidad ocurría básicamente porque el fotógrafo accedió a la información íntima de la demandante (Brigitte Bardot), sin requerir previamente su consentimiento o aquiescencia. Precisamente, la protección constitucional del derecho a ser dejado solo, como manifestación esencial del derecho a la intimidad, tiene su soporte no solo en el hecho coyuntural de la soledad, que analizada aisladamente en nada enriquece el contenido de dicho derecho, sino en la se-

[46] Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-090, marzo 6/96.

[47] Ídem.

[48] Madrid-Malo, Mario. Estudios sobre derechos fundamentales, Bogotá. 1995. Citado en Colombia, Corte Constitucional, Sentencia. T-787, agosto 18/2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

guridad de no ser observado, y de poder actuar sin el miedo de que alguien, en cualquier momento, revelará una acción o esfera exclusiva de su comportamiento".[49]

El fotógrafo se defendió diciendo que la actriz, durante su vida pública había renunciado a su intimidad pues había mostrado de manera suficiente sus atributos. Sin embargo, el juez norteamericano se negó a aceptar este argumento y explicó que aun los personajes públicos tienen derecho a “ser dejados en paz”.

El “derecho a ser dejado en paz” de los personajes públicos también ha sido objeto de pronunciamientos en Colombia. En 1996 el alto tribunal se refirió a él al fallar una tutela presentada por el abogado Luis Guillermo Nieto Roa, que se desempeñaba como apoderado del Presidente de la República, Ernesto Samper, contra un noticiero, por enfocarse con sus cámaras y revelar el contenido de una nota privada que escribió a una persona durante una sesión del Congreso.[50]

La Corte reconoció que la intimidad de las personas con proyección pública puede desdibujarse un poco cuando actúan en recintos públicos como el Congreso pero falló a favor del abogado pues “(D)icho desdibujamiento, sobra decirlo, en manera alguna puede ser absoluto. Si bien el ámbito exclusivo de los personajes públicos se reduce en razón de su calidad y, eventualmente, de las actividades que desarrollen, las cuales, se repite, inciden en un conglomerado social o son de interés general, no es posible pensar que lo hayan perdido y, en consecuencia, que no puedan ser titulares del derecho constitucional fundamental a la intimidad. No”.[51].

[49] Colombia, Corte Constitucional. Sentencia. T-787, agosto 18/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[50] Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T- 696, diciembre 3/96, M.P.: Fabio Morón Díaz.

[51] Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T- 696, diciembre 3/96, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Por lo demás, el alto tribunal de lo constitucional explicó que la correspondencia y las comunicaciones privadas entre las personas, ya sean personajes públicos o personas del común, son inviolables inclusive cuando se redactan en recintos públicos”.[52]

6. Fotografías de paisajes ubicados en áreas de propiedad privada

En realidad no hay problema alguno con las fotografías que se toman en sitios públicos. Sin embargo, ¿qué sucede con las fotografías de paisajes ubicados en terrenos de propiedad privada?

En Estados Unidos un famoso fotógrafo tomó una fotografía de un camino rodeado de árboles denominado Plantation Road, la cual fue reconocida por su gran valor artístico y puesta en venta por una galería de arte. El dueño de la tierra donde está el paisaje demandó al fotógrafo por invadir su privacidad, ya que éste no le había solicitado autorización para entrar a su propiedad y captar la imagen[53].

Como puede observarse, en este caso no hay violación del derecho de autor, pues nadie tiene derechos sobre un paisaje y no hay una violación al derecho a la imagen, pues no hay persona. ¿Hay entonces una invasión a la privacidad?

La Corte estimó que no había una invasión a la privacidad porque el titular de la tierra es una persona jurídica y sólo las personas naturales (los individuos de carne y hueso) son sujetos de invasión a la privacidad y además, porque el titular de la tierra no pudo demostrar que se cumplía el llamado test de invasión a la privacidad, que es un test que tiene establecido la jurisprudencia de Estados Uni-

[52] Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T- 696, diciembre 3/96, M.P.: Fabio Morón Díaz.

[53] The College of Charleston Foundation v. Benjamin Ham, C.A. No.: 2:07-CV-3264-PMD.

dos y que sirve para determinar si una fotografía ha invadido o no la privacidad de una persona. El test está conformado por 4 preguntas:

¿Se hizo algo público?

¿Se obtuvo autorización para difundir el hecho o la situación?

¿Se trata de asuntos privados en los cuales el público no tenga interés?

¿La publicación genera vergüenza o humillación a una persona común?

La Corte sentenció que no veía cómo la publicación de una foto que capturaba una bella imagen de un paisaje podía de alguna manera causar vergüenza o humillación a una persona natural o jurídica normal. El fotógrafo, sin embargo, fue declarado culpable de entrar a propiedad privada sin autorización. La Corte advirtió que otra habría sido su decisión si hubiera tomado la foto desde afuera, con equipos especiales que permitieran acercar las imágenes.



Plantation Road por Benjamin Ham