

Sentencia T-379/13

JUEZ CONSTITUCIONAL-Facultad oficiosa para esclarecer las actuaciones u omisiones que amenazan o vulneran derechos fundamentales

El juez constitucional ha de analizar de manera oficiosa, a partir de las circunstancias concretas del caso, cuál es el conflicto que se le presenta y si el mismo ha de ser resuelto a través de la acción de amparo constitucional o, por el contrario, mediante otros mecanismos de defensa judicial. Esta atribución se deriva del Decreto 2591 de 1991, el cual contempla que la solicitud de tutela deberá expresar con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera transgredido o amenazado, el posible autor de la amenaza o agravio y “la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud”. Adicionalmente, se establece que no “será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado”. En consecuencia, es el juez constitucional quien, de manera oficiosa, debe esclarecer las actuaciones u omisiones que amenazan o vulneran los derechos fundamentales, así como determinar –realmente– qué norma constitucional fue infringida y cuál es la pretensión que se pretende realizar a través del amparo constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL-Facultad para definir qué asuntos abordará o qué problemas jurídicos resolverá, una vez seleccionado un caso

En tratándose de las competencias de esta Corporación, conforme a lo previsto en el artículo 33 del aludido Decreto 2591 de 1991, una de las causales para que un magistrado o el Defensor del Pueblo insista en la selección de un caso excluido de revisión, radica en que se “pued[a] aclarar el alcance de un derecho”. Esto significa que una vez es seleccionado un caso, la Corte puede definir con claridad qué asuntos abordará o qué problemas jurídicos resolverá, entre ellos los referentes a la procedencia de la acción de tutela y como ello se relaciona con el conflicto sometido a su jurisdicción. De este modo, en casos como el presente, que plantea una pluralidad de conflictos y aproximaciones judiciales para su resolución, como ocurre, entre otros, con temas como el uso de un nombre comercial, la propiedad intelectual de obras musicales, el uso de una marca mixta y el registro de un

establecimiento de comercio, es menester de parte del juez constitucional, en primer lugar, determinar cuál faceta del mismo, de existir, reviste el carácter de ser un conflicto ius fundamental y, por lo mismo, susceptible de ser resuelto a través de una sentencia de tutela. Una vez realizado dicho análisis, en segundo lugar, se debe plantear el problema jurídico que se deriva de la situación descrita y que la Corte debe resolver para darle una solución al caso bajo estudio.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EXISTE UNA RELACION DE INDEFENSION O SUBORDINACION-Jurisprudencia constitucional sobre procedencia excepcional

SUBORDINACION E INDEFENSION-Diferencias

DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA-Obligación de los participantes en un mercado o negocio que celebren respetar el principio de la buena fe comercial

ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL-Generalidades/ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL-Requisitos para la procedencia

Es claro que la procedencia de las acciones por competencia desleal, exigen acreditar los siguientes requisitos: (i) que se esté en presencia de actuaciones realizadas en el mercado y (ii) que las mismas tengan fines concurrenciales. Así las cosas, sólo podrán ser objeto de cuestionamiento las actuaciones que se realicen en un ámbito determinado o determinable y siempre que tengan la cualidad de mantener o incrementar la presencia en un mercado, ya sea a favor propio o de un tercero. Una vez determinado el ámbito en el cual operan las acciones por competencia desleal, resulta necesario indicar que no se trata de cualquier actuación concurrente, sino exclusivamente de aquellas que sean susceptibles de ser calificadas como desleales, por atentar contra el principio de la buena fe comercial.

COMPETENCIA DESLEAL-Concepto

Se considera desleal toda actuación que busque incidir en la decisión de la clientela y que sea idónea para direccionar el consumo hacia un determinado producto o servicio, a través de la cual se posicione al comerciante en un mercado, siempre que se haga mediante medios contrarios a la pulcritud y honestidad que rigen las relaciones jurídicas. De ahí que,

estas acciones no busquen prevenir o resarcir daño alguno, cuando quiera que la ventaja competitiva sea adquirida de manera legítima, o lo que es lo mismo, como consecuencia de la dinámica del mercado.

ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL-Legitimación/CLASES ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL-Declarativas y preventivas o de prohibición

El legislador previó las acciones por competencia desleal que pueden ser instauradas por personas que actúen en el mercado o que tengan interés en hacerlo y que se vean afectadas en sus intereses económicos por la actuación de un competidor, que atenta contra la buena fe comercial. Estas acciones no prohíben cualquier tipo de concurrencia o de ventaja competitiva, sino exclusivamente aquellas que transgredan el referido principio, siempre y cuando se produzcan en el mercado y tengan fines concurrenciales. Una de las causales que expresamente establece la ley como desleal, es el aprovechamiento de la reputación ajena, la cual -entre otras- se deriva de la obtención de una ventaja económica indebida gracias al uso de la reputación o renombre profesional ajeno. Por lo demás, existen dos tipos de acciones por competencia desleal: (i) las declarativas y de condena y (ii) las preventivas o de prohibición, que se diferencian por la consumación del daño y por la etapa de ejecución de la conducta del sujeto frente a los mandatos de la buena fe comercial.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Imprudencia para resolver conflictos de tipo económico y patrimonial como es el uso de la imagen del maestro "Pacho Galán" en el mercado del entretenimiento

DERECHO A LA IMAGEN-Se deriva del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

Esta Corporación ha reconocido que el derecho a la imagen emana, entre otros, del contenido de dos derechos constitucionales fundamentales: (i) el derecho al libre desarrollo de la personalidad y (ii) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. En cuanto al primero, en la medida en que consagra "la cláusula general de libertad", la cual permite a toda persona autodeterminarse como sujeto y alcanzar la búsqueda de una identidad propia. Así las cosas, el libre desarrollo de la personalidad habilita la formación autónoma de una imagen física, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. La expresión autónoma de dicha libertad apunta a construir una imagen

social que refleje una forma de vida y que sustente el camino que se ha decidido recorrer por un sujeto, como ocurre, por ejemplo, cuando se elige ejercer una determinada profesión u oficio, o se exponen ciertas convicciones políticas o se manifiesta pacíficamente en la colectividad. En cuanto al segundo, al admitirse que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, abarca la protección de los atributos de la persona, entre ellos, la identidad manifestada en la imagen de un sujeto único y diferenciable frente al resto de personas.

DERECHO A LA IMAGEN-Contenido a través de tres facetas/DERECHO A LA IMAGEN-Ambito de protección y limitaciones/DERECHO A LA IMAGEN-Naturaleza

A pesar de no haber sido consagrado expresamente por el Constituyente, el derecho a la imagen es reconocido en el ordenamiento jurídico colombiano. Se trata de un derecho personalísimo, que surge tras una interpretación sistemática del Texto Superior, como expresión directa de la individualidad e identidad de la persona y como manifestación de la dignidad de cada ser en la búsqueda de su propia esencia. El contenido de este derecho se manifiesta a través de tres facetas, la primera es la autodefinición del sujeto a partir de sus características físicas; mientras que, la segunda y la tercera, conducen a la formación de la imagen social y a la posibilidad de decidir qué parte de ella –o de su apariencia física– será difundida y cuál permanecerá intangible. Finalmente, se trata de un derecho relativo sometido a las restricciones genéricas de los derechos fundamentales.

DERECHO A LA IMAGEN-No vulneración por cuanto exposición de fotografías o imágenes fotográficas hacen parte de la sociabilidad humana/DERECHO A LA IMAGEN-No vulneración al exhibir fotografías en redes sociales del accionante como miembro de la Orquesta Pacho Galán

Referencia: expediente T- 3.755.520

Acción de Tutela instaurada por Armando José Galán Gravini contra Ricardo Alí Pérez Chávez

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC., veintiocho (28) de junio de dos mil trece (2013)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela dictados por el Juzgado Doce Penal Municipal de Barranquilla y el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, en el trámite de la acción de amparo constitucional instaurada por el señor Armando José Galán Gravini en contra de Ricardo Alí Pérez Chávez.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

El señor Armando José Galán Gravini, mediante apoderado judicial, actuando en nombre propio y en condición de hijo de Francisco “Pacho” Galán Blanco (q.e.p.d.), instauró acción de tutela el día 10 de julio de 2012 contra el señor Ricardo Alí Pérez Chávez, con el fin de que le protejan tanto sus derechos fundamentales como los de su padre a la honra, al buen nombre, a la intimidad y a la imagen.

(i) El accionante es una persona de 76 años de edad, que padece de Parkinson y de decaimientos y cuadros depresivos, músico de profesión e hijo del compositor colombiano Francisco “Pacho” Galán, quien falleció en 1988.

(ii) El mencionado compositor fundó una orquesta a la que le puso su nombre y creó varios ritmos musicales, entre ellos el merecumbé. Por sus éxitos artísticos, su figura alcanzó renombre a nivel nacional e internacional, siendo sujeto, mientras vivía, de varias campañas publicitarias, en las que incluso se utilizó su imagen por diferentes disqueras. Con posterioridad a su muerte, se rindió un homenaje a Pacho Galán por su aporte al folclor colombiano a través de la Ley 1300 de 2009 y en un monumento de más de 10 metros de altura en la ciudad de Barranquilla.

(iii) El accionante, esto es, el señor Armando José Galán Gravini fue director de la agrupación musical creada por su padre, denominada Orquesta Pacho Galán. Por lo demás, afirma que es pensionado de la Universidad del Atlántico y que ha trabajado con otras agrupaciones musicales.

(iv) Desde el 11 de octubre de 2008, el señor Ricardo Alí Pérez Chávez ha utilizado la imagen y figura de Francisco “Pacho” Galán y la del accionante, a través de un blog (www.orquestapachogalan.com), de varias páginas de redes sociales como Facebook y de portafolios de servicios, como ocurre con su local comercial y con las tarjetas de presentación.

(v) Tal utilización, en palabras del accionante, se efectuó sin su autorización y consentimiento y sin tener en cuenta a los herederos de Pacho Galán. En su parecer, esta situación constituye un “uso indebido e ilegal” de la “imagen y figura de [su] padre”[2], así como una explotación de la reputación ajena, cuyas regalías deben corresponder a los herederos legítimos del compositor[3].

(vi) El 18 de septiembre de 2009, el actor solicitó por escrito al señor Pérez Chávez y a sus hermanos que dejaran de hacer uso no sólo de su imagen y la de su padre, sino también de las biografías relacionadas con la creación de la Orquesta Pacho Galán, cuyo origen se remonta al año de 1955. Según el accionante, esta petición ya había sido efectuada con anterioridad de manera verbal.

(vii) El actor pone de presente que el señor Pérez Chávez ha guardado silencio sobre su solicitud y que, en su lugar, registró el nombre comercial “Orquesta Pacho Galán” en el año 2009. Adicionalmente, en Resolución No. 59886 del 25 de noviembre del año en cita, la Superintendencia de Industria y Comercio le reconoció a su favor la existencia de un nombre comercial mixto.

(viii) Por el hecho descrito, un familiar del accionante, esto es, el señor Oveida Galán Ruge, denunció penalmente a los señores Ricardo Alí Pérez Chávez y Jorge Enrique Pérez Chávez ante la Unidad de Delitos contra la Propiedad Intelectual y Telecomunicaciones de la Fiscalía General de la Nación.

(ix) Finalmente, el señor Armando Galán Valencia, en su condición de hijo del

accionante, registró en la Superintendencia de Industria y Comercio la marca mixta “Pacho Galán”, cuya actuación consta en la Resolución No. 6676 del 8 de febrero de 2010.

1.2. Argumentos del demandante[4]

1.2.1. En relación con la procedencia de la acción de tutela, el actor enfatizó que padece Párkinson (enfermedad neurológica degenerativa), por lo que acude al amparo constitucional con el fin de “evitar un daño irreparable como lo es su muerte”[5], por el uso de su imagen y la de su padre con el propósito de buscar beneficios económicos, ya que dicha circunstancia afecta su salud, en especial en su componente anímico. Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que tiene 76 años de edad, lo que lo convierte en un sujeto de la tercera edad.

Por lo demás, en lo que respecta a la satisfacción del principio de inmediatez, el accionante indicó que si bien remitió una carta en el 2009 para que su imagen y la de su padre dejaran de ser utilizadas por el demandado, ello no implica que su interés haya dejado de ser actual, pues la vulneración de sus derechos ha sido continua y prolongada y no ha cesado desde entonces.

1.2.2. En cuanto al fondo del asunto, el accionante considera que el comportamiento del señor Pérez Chávez implica una vulneración de sus derechos y de los de su padre al buen nombre, al honor, a la honra y a la imagen.

En general sostiene que la figura del maestro Pacho Galán, como etiqueta personal, surgió de su trayectoria musical y fue el sello distintivo de su orquesta tanto a nivel nacional como internacional. De ahí que, tras su muerte, “el valor de la publicidad por la comercialización de esa riqueza musical que le perteneció en vida, (...) que como atributo de su personalidad le era inherente a su ser, es decir, le pertenecía como parte de su integralidad humana y que se constituyó en una virtud social por la trascendencia de sus creaciones e interpretaciones musicales (...) es [de] su hijo el maestro Armando Galán Gravini, [quien es] el llamado a heredar toda esa gama de virtudes musicales y reconocimiento (...)”[6].

A continuación enfatizó que el derecho a la imagen tiene una dimensión económica que conlleva la posibilidad de disponer de él, incluso explotándolo de manera comercial, sin que

se menoscabe su dimensión de derecho personalísimo. Por ello, “la falta de consentimiento o su injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, así como su apropiación ilícita o utilización no convenida con terceros[,] conlleva a la afectación [y] violación [del citado] derecho”[7].

Por esta razón, si bien su progenitor, esto es, el maestro Pacho Galán designó al señor Alí Antonio Pérez (padre de Ricardo Alí Pérez Chávez) como director artístico de su orquesta, ello no lo autorizaba ni a él ni a su hijo para usar su nombre, imagen y trayectoria musical, así como tampoco para explotar esos mismos atributos del accionante. Para el actor, cualquier vínculo existente con el señor Ricardo Alí Pérez Chávez finiquitó con la muerte de su padre[8], por lo que sin la autorización de sus herederos legítimos, éste no puede preservar un local comercial denominado “Orquesta Pacho Galán”, cuyo registro se realizó por el citado señor Alí Antonio Pérez y obtener, como consecuencia de ello, una enseña y depósito de nombre comercial en la Superintendencia de Industria y Comercio[9].

1.3. Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos relatados y los argumentos expuestos, el actor solicitó al juez constitucional que ordenara al señor Ricardo Alí Pérez Chávez lo siguiente: En primer lugar, publicar que su imagen y la de su padre no hacen parte del establecimiento de comercio llamado Orquesta Pacho Galán, haciendo uso de los mismos “medios de circulación” que ha utilizado; en segundo lugar, abstenerse y cesar en la utilización de la imagen, honra, honor, buen nombre y reputación del maestro Pacho Galán en cualquier medio conocido o por conocerse; y por último, que retire y desmonte de cualquier plataforma las imágenes, fotos, biografía o cualquier otro contenido acerca de él y de su padre.

1.4. Intervención del señor Ricardo Alí Pérez Chávez

1.4.1. El señor Ricardo Alí Pérez Chávez intervino en el plazo concedido por el juez de primera instancia, a través de un escrito en el que se opuso a las pretensiones del demandante. Los argumentos de la parte demandada se agrupan en tres: el primero referente a la improcedencia de la acción de tutela, el segundo sobre la normatividad que regula el nombre comercial y, el tercero, atinente a las circunstancias que han rodeado el conflicto entre él y el accionante, el cual, según afirma, no se reduce a la utilización de la

imagen.

1.4.2. En este orden de ideas, en relación con la procedencia del amparo, el señor Pérez Chávez mencionó que no existe perjuicio irremediable alguno para que la acción de tutela proceda de manera transitoria, ya que el supuesto acto trasgresor acaeció el 11 de octubre de 2008, momento en el cual –según el demandante– empezó a utilizarse el nombre de la orquesta de su fallecido padre. Por lo demás, tampoco se cumple con el requisito de inmediatez, pues no existe un plazo razonable entre la presunta vulneración y la instauración del amparo. Estas mismas consideraciones resultan aplicables para el momento en que, mediante carta, se le pidió que dejara de usar la imagen de Pacho Galán.

En este punto, el demandado también expuso que la inminencia del peligro o de la afectación a los derechos fundamentales, para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio, requiere que el perjuicio tenga como causa eficiente la acción u omisión del particular que vulnere o ponga en riesgo los derechos fundamentales invocados, lo cual, en este caso, no se presenta.

1.4.3. En lo referente a la normatividad que regula el nombre comercial, el señor Pérez Chávez mencionó que dicho tema, así como la existencia de la Orquesta Pacho Galán y el uso del logo, están siendo ventilados ante la justicia penal ordinaria “bajo la aplicación de la legislación de la Comunidad Andina, [es decir] la Decisión 468 (Decreto Reglamentario clasificación Niza)”[10].

Igualmente, se mencionó por el demandado que la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la División de Signos Distintivos, mediante Resolución No. 59886 de 25 de noviembre de 2009, le concedió el nombre comercial mixto. Luego de lo cual, la misma entidad, en depósito 19.578, le protegió la enseña de su autoría, que consiste en “una imagen representada en la figura de un disco duro en el fondo, con un micrófono antiguo, las figuras de un pentagrama y notas, y el nombre de Pacho Galán”[11]. Desde esta perspectiva, en su criterio, no es arbitrario el uso del nombre comercial: Orquesta Pacho Galán, pues además de las autorizaciones mencionadas, el artículo 603 del Código de Comercio prevé que los derechos del nombre comercial se adquieren por el primer uso, sin necesidad de registro alguno[12].

La finalidad del nombre comercial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 190 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, es la identificación y/o distinción de una actividad económica, en este caso, de una orquesta específica, de la cual él es el representante legal.

1.4.4. En lo concerniente a las controversias que tiene y ha tenido con el señor Galán Gravini, el demandado relató que ha existido una disputa en torno al uso del nombre de la orquesta y, de hecho, el hijo del actor afronta un proceso penal ante la Fiscalía 46 Seccional de Barranquilla por el delito de usurpación de derechos de propiedad industrial, tipificado en el artículo 306 del Código Penal. A su vez, el accionante lo denunció a él penalmente, por una supuesta usurpación de marcas.

Adicionalmente, el señor Pérez Chávez sostiene que desde la muerte del maestro Pacho Galán, la orquesta siguió actuando bajo la dirección de su padre (Alí Pérez Camacho), quien había trabajado con el primero desde 1962. Su progenitor registró la agrupación en la Cámara de Comercio como establecimiento de comercio el 16 de diciembre de 1992 y, tras su fallecimiento, el 18 de noviembre de 2005, “la empresa continuó funcionando en forma notoria e ininterrumpida en cabeza [suya]”[13]. Alega que, cuatro años después, mediante Escritura Pública No. 1914 del 20 de agosto de 2009, la orquesta fue adjudicada a él y a sus hermanos.

Por último, señala que su padre designó al accionante como director musical de la orquesta en 1997 y que, en ese momento, él no se opuso al uso del nombre de Pacho Galán.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN Y ELEMENTOS PROBATORIOS RELEVANTES APORTADOS AL PROCESO

2.1. Primera instancia

2.1.1. En sentencia del 1º de agosto de 2012, el Juzgado 12 Penal Municipal de Barranquilla concedió el amparo solicitado y, en consecuencia, ordenó al señor Ricardo Alí Pérez Chávez abstenerse de utilizar imágenes de Armando José Galán Gravini y de su fallecido padre, Francisco “Pacho” Galán.

2.1.2. En cuanto a la procedencia de la acción instaurada contra particulares, afirmó que en

razón a su situación de salud, el actor se encuentra en un estado de indefensión que no le permite “enfrentar con rigor los ataques de que es víctima”[14]. Por ello, no cabe duda de que se está en presencia de un perjuicio irremediable, lo que convoca al juez constitucional a dirimir el conflicto. De igual manera consideró que se actuó con inmediatez, ya que la vulneración se prolonga en el tiempo, entre otras, por la existencia de varias demandas y procesos judiciales.

2.1.3. En relación con el asunto sub-judice, el a-quo señaló que el derecho a la imagen comprende la potestad de impedir que los rasgos físicos que identifican a una persona sean capturados o difundidos sin su consentimiento, salvo cuando “la propia -y previa- conducta (...) o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público”[15], caso en el cual su protección es constitucionalmente prevalente frente al interés particular. Lo anterior, frente al caso concreto, conducía a concluir que “la publicación sin el consentimiento de la (sic) ahora recurrente de unas fotografías que reproducen su imagen física y la del (sic) su finado padre Francisco Pacho Galán de forma claramente identificable constituyen una intromisión en su derecho a la propia imagen”[16].

2.1.4. A continuación, mencionó que a pesar de que la ley expresamente trasfiere a los herederos el ejercicio de las acciones que protegen la imagen de la persona fallecida, ha de entenderse que “los derechos de imagen son trasmisibles “mortis causa” a la persona designada en el testamento y a falta de éste al conyugue, ascendiente, descendiente y hermanos de la persona afectada que viviesen al mismo tiempo de su fallecimiento”[17].

2.1.5. Por lo demás, en criterio del a-quo, también se vulneraron los derechos a la honra, a la intimidad y al buen nombre del actor, pues se reprodujeron sus imágenes sin que existiese una autorización escrita y expresa para ello. En este sentido, afirma que si bien existió un permiso otorgado por Pacho Galán al padre del demandado (Alí Pérez Camacho), en el sentido de permitir el uso del nombre comercial de la orquesta, lo cierto es que dicho mandato se extinguió tanto por la muerte del mandante como del mandatario, conforme se establece en el artículo 2189 del Código Civil[18].

2.2. Impugnación

Sin embargo, agregó que no se encontraba probado que hubiese existido una violación del

derecho al buen nombre del señor Francisco “Pacho” Galán o del actor, pues nunca se divulgaron informaciones falsas o erróneas. En este orden de ideas, adujo que las fotografías usadas no requerían autorización, ya que “en ellas no aparece solamente el fallecido Francisco Pacho Galán y su hijo Armando Galán, sino también Alí Pérez Camacho (...) y sus demás familiares, todos ellos dedicados a la música”[19].

Finalmente, el demandando consideró que el uso de dichas fotografías no es irregular, ya que tan sólo busca resaltar la labor que las dos familias han adelantado en beneficio del folclor nacional.

2.3. Segunda instancia

2.3.1. En sentencia del 12 de septiembre de 2012, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, declaró improcedente el amparo solicitado.

2.3.2. Inicialmente, el ad quem se manifestó sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares, cuando quiera que éstos no prestan un servicio público. Para tal efecto concretó su argumentación en la posible existencia de una hipótesis de subordinación o indefensión del accionante. En cuanto a la primera, sostuvo que ha de evidenciarse una situación jurídica en la que el actor deba acatar órdenes que le impone un tercero, tras la celebración de un negocio jurídico o con fundamento en un mandato legal. En relación con la segunda, afirmó que se presenta cuando la persona ofendida por la acción u omisión del particular se encuentra inerme y desamparada, sin los medios físicos o jurídicos para defenderse.

2.3.3. Tras determinar que no existe una relación de subordinación, pues el actor jamás ha tenido que acatar orden alguna, destacó que tampoco se presenta una situación de indefensión, en la medida en que el señor Galán Gravini “cuenta con otros medios de defensa judicial para lograr lo pretendido, como es la de (sic) acudir a las autoridades judiciales competentes”[20]. Por lo demás, enfatizó que la acción no procedía como mecanismo transitorio, ya que el supuesto perjuicio irremediable no “encuentra relación con los hechos denunciados, ni se prueba que los estados depresivos a los cuales hace alusión el accionante provengan del actuar del [demandado]”[21].

2.3.4. Finalmente, apuntó que no era procedente amparar los derechos fundamentales de Francisco “Pacho” Galán, pues al momento de fallecer, su personalidad jurídica desapareció, por lo que no es titular de derechos fundamentales. La vía judicial que tienen los herederos son las acciones ordinarias de protección a la imagen, vinculadas con el uso y comercialización de la misma.

2.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

a. Copias de impresiones de varios periódicos en los que se ve a Pacho Galán prestando su imagen para campañas publicitarias de Nescafé, Cerveza Águila y Jardín Águila (Cuaderno 1, folios 48 a 51).

b. Copia de la historia clínica del señor Armando José Galán Gravini, con fecha de consulta 10 de noviembre de 2011. Se observa que el paciente sufre Párkinson grado 4, por lo que está en silla de ruedas y debe recibir habilitación en casa (Cuaderno 1, folio 65).

c. Copia del registro civil de nacimiento del señor Armando José Galán Gravini, en el que consta que nació el 12 de agosto de 1935 y figura como padre Francisco Galán Blanco, quien murió el 21 de julio de 1988 (Cuaderno 1, folios 19 y 20).

d. Copias de impresión de una página proveniente de la dirección <http://orquestapachogalan.com/blog>, con fecha 18 de septiembre de 2009. En ella se observa al señor Armando José Galán Gravini tocando la trompeta en una reunión con otros músicos. En la parte inferior de la imagen se lee: “con su conocimiento musical su aporte fue grandioso para que la orquesta Pacho Galán perdurara durante varios años”. También se observa un link con el nombre del accionante y la foto de un hombre que el actor reconoce como “Pacho” Galán (Cuaderno 1, folios 21 y 22).

e. Copia de una impresión proveniente de la misma dirección electrónica con fecha 4 de julio de 2012. En ella se ve la imagen del hombre que el actor reconoce como su padre, junto con fotos de otros músicos con instrumentos. También se observa un retrato de cinco hombres sobre un logo que tiene el nombre de la Orquesta Pacho Galán. Igualmente se encuentra una reducción de una página de periódico en la que se lee: “Alí Pérez, 40 años de éxitos”. A continuación se relata parte de la historia de la infancia de este cantante y cómo comenzó en la música en el año de 1953. Finalmente, se aprecia otra reducción de una

página del periódico La Libertad, en la que se hace referencia a que Alí, Roger y Poncho Pérez de la Orquesta Pacho Galán, fueron galardonados como personajes del año 2009, por su labor al rescatar el folklore colombiano (Cuaderno 1, folios 23 a 26).

f. Copias de impresiones de la historia de la Orquesta Pacho Galán que aparece en un link de la aludida página. En ella se destacan dos fotografías. En la primera se ven cinco hombres mayores, uno de ellos perteneciente a la tercera edad, identificado como Pacho Galán. En la segunda se observa una orquesta con una inscripción del año 1970, donde cantan tres hombres y una mujer, seguida de la siguiente información: “Hoy los hermanos Pérez continúan con la tradición para que Pacho Galán perdure por siempre y que esta gran música se siga bailando con Orquesta Pacho Galán... como homenaje al gran músico colombiano”. Por lo demás, se indica que en un momento la citada orquesta estaba integrada por músicos como el señor Armando José Galán Gravini, de quien se resaltan sus aportes como artista (cuaderno 1, folios 27 a 30).

g. Fotografías en las se destacan a los señores Alí Pérez, Pacho Galán y otros, como parte de una orquesta. La fecha de una de ellas, según el demandado, es el año 1962. En otra imagen se observa la presencia de los señores Armando José Galán Gravini y Alí Pérez, la cual corresponde a una copia de una fotografía publicada en el periódico “El Heraldo” (Cuaderno 1, folios 132 y 133).

h. Carpeta y tarjeta de presentación con imágenes de la orquesta Pacho Galán y del logo de un disco, notas musicales y un micrófono antiguo. Una de las imágenes corresponde a la del citado compositor. En la parte interior de la carpeta se encuentra una reseña histórica del aludido maestro y del señor Alí Pérez. También se hace alusión a la discografía de la orquesta (Cuaderno 1, folios 45 a 47).

i. Copia de impresiones de la red social Facebook. Además del logo de la orquesta, se ve una foto del año 1977 en la que se observa una imagen de Francisco Galán y del accionante, acompañados de 15 personas más. Igualmente, se relata parte de la trayectoria artística actor y se enfatiza que “su aporte fue grandioso para que la orquesta Pacho Galán perdurara durante varios años”. A continuación aparece una foto del maestro Pacho Galán recibiendo un galardón con tres personas más; en otra se encuentra sosteniendo un trofeo en su mano derecha, abrazado por otra persona y acompañado de un tercero que parece

cantar en un evento público. Por lo demás, en el link “álbumes de la Orquesta Pacho Galán Oficial”, se distingue una foto que el accionante resalta como perteneciente a su padre, acompañada de cuatro imágenes en donde recibe un disco que el actor cataloga de oro. Las demás tienen a otras personas sin identificar claramente, entre ellas a un hombre de la tercera edad (Cuaderno 1, folios 38 a 43).

k. Carta enviada el 18 de septiembre de 2009 por el señor Armando José Galán Gravini dirigida a Ali Iván Pérez, Jorge Pérez, Ricardo Pérez y Roger Pérez. En ella se solicita que de manera inmediata sean desmontadas las imágenes de él y de su padre publicadas en la página electrónica de la orquesta. Así mismo, se pide que no se vuelva a incurrir en dicha situación. Lo anterior se justifica de la siguiente manera: “con esta acción buscan ustedes confundir a las personas que me conocen haciéndoles creer que yo los he autorizado a usar mi imagen, mi nombre y biografía y/o manejo algún tipo de vinculación comercial o laboral con ustedes. Es de aclarar que en la actualidad NO soy el director del local comercial Orquesta Pacho Galán”[22] Adicionalmente, en el mismo escrito, enfatiza que no ha autorizado la utilización de información relativa a su padre y que no ha consentido en el uso y comercialización de las más de 300 obras registradas a nombre de su progenitor (Cuaderno 1, folio 58).

l. Poder general conferido el 22 de mayo de 1980 por el señor Francisco Galán Blanco a Alí Antonio Pérez Camacho, para que represente a la Orquesta Pacho Galán a nivel nacional e internacional (Cuaderno 1, folio 171).

m. Certificado de existencia y representación legal de la orquesta. Al respecto, se observa que se constituyó el 20 de agosto de 2009, como sociedad en comandita simple y que su denominación es Orquesta Pacho Galán (Cuaderno 1, folios 106 a 107).

n. Copia de la Resolución No. 59886 del 25 de noviembre de 2009 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que se concede el depósito del nombre comercial Orquesta Pacho Galán (Cuaderno 1, folio 110).

o. Copia de los datos del signo Pacho Galán que representa “los servicios musicales de la orquesta de Pacho Galán Big Band”. Esta se concede mediante Resolución No. 6676 del 8 de febrero de 2010 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio. Como etiqueta se ve el nombre Pacho Galán sobre un disco, ligeramente de lado, acompañado de

un micrófono antiguo (Cuaderno 1, folio 172).

p. Copia de depósito del signo o logotipo de la Orquesta Pacho Galán. Se advierte que el aludido nombre sobresale de un disco, acompañado de un micrófono antiguo (Cuaderno 1, folios 111 a 112).

q. Constancia elaborada el 5 de junio de 1997 por el señor Alí Antonio Pérez Camacho, representante legal de la Orquesta Pacho Galán, en la que manifiesta que designa como director artístico al señor Armando José Galán Gravini (Cuaderno 1, folio 116).

r. Copia de noticia criminal por el presunto delito de violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, presentada contra los señores Jorque Pérez Chávez, Ricardo Alí Pérez Chávez e Iván Pérez Chávez, por el hecho de tener y reproducir las obras musicales del maestro Francisco Galán Blanco, en contra de los intereses de los herederos de dicho legado musical (Cuaderno 1, folios 120 a 121).

s. Copia de la sentencia de tutela proferida el 12 de marzo de 2009 por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Soledad, en la causa iniciada por el señor Armando José Galán Gravini contra Jorque Enrique Pérez Chávez, con vinculación oficiosa de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (SAYCO). En esta oportunidad, el demandante cuestionó que el accionado hiciera saber -en diferentes medios de comunicación- que poseía, ejecutaba y efectuaba arreglos al legado musical de su padre, actuación que desconocía los derechos morales de sus obras. La acción de amparo fue declarada improcedente por el juez constitucional, ante la existencia de otros medios de defensa judicial (Cuaderno 1, folios 124 a 129).

t. Copia de un certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla, elaborado el 18 de julio de 2009, en el que se indica que el señor Alí Antonio Pérez Camacho efectuó un registro el 16 de diciembre de 1992, en el que aparece como “propietario del establecimiento de comercio denominado Orquesta Pacho Galán”. También se señala que a los señores “Pérez Chávez Alexi Estela, Pérez Chávez Jorque Enrique, Pérez Chávez Roger Eduardo, Pérez Chávez Ricardo Alí, Pérez Chávez Alí Iván, Pérez Piñares Roger Alí y Pérez Chávez Fidelfia Marí, se le (sic) adjudicó en común y pro indiviso el 100% del establecimiento de comercio denominado Orquesta Pacho Galán” (Cuaderno 1, folio 137).

u. Copia de la sentencia de tutela proferida el 29 de junio de 2010 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como juez de segunda instancia en la causa iniciada por el señor Ricardo Alí Pérez Chávez contra la Superintendencia de Industria y Comercio. El conflicto giró en torno a la inscripción realizada por el señor Armando Galán Valencia, en su condición de hijo del actor, de una marca mixta denominada Pacho Galán Big Band. El juez constitucional declaró improcedente el amparo, pues el accionante no interpuso los recursos existentes en la oportunidad debida (Cuaderno 1, folios 174 y ss).

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 12 de marzo de 2013 proferido por la Sala de Selección número Tres.

3.2. Presentación del caso, problemas jurídicos y esquema de resolución

3.2.1. Presentación del caso

3.2.1.1. El artículo 86 de la Constitución Política contempla la posibilidad de toda persona de acudir ante los jueces de la República, a través de la acción de tutela, para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, ya sea por sí misma o por quién actúe en su nombre.

Como se trata de una acción cuyo ejercicio se puede realizar sin apoderado judicial, en procura de la efectividad de los derechos ciudadanos, la Corte ha señalado que una de sus características es la informalidad, la cual se extiende incluso a los casos en que se ejerce la acción por un profesional del derecho, pues su objetivo es la realización efectiva de los derechos fundamentales.

3.2.1.2. En este orden de ideas, y debido a tal atributo, el juez constitucional ha de analizar de manera oficiosa, a partir de las circunstancias concretas del caso, cuál es el conflicto que se le presenta y si el mismo ha de ser resuelto a través de la acción de amparo constitucional o, por el contrario, mediante otros mecanismos de defensa judicial

Esta atribución se deriva del Decreto 2591 de 1991, el cual contempla que la solicitud de tutela deberá expresar con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera transgredido o amenazado, el posible autor de la amenaza o agravio y “la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud”. Adicionalmente, se establece que no “será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado”. En consecuencia, es el juez constitucional quien, de manera oficiosa, debe esclarecer las actuaciones u omisiones que amenazan o vulneran los derechos fundamentales, así como determinar –realmente– qué norma constitucional fue infringida y cuál es la pretensión que se pretende realizar a través del amparo constitucional.

En tratándose de las competencias de esta Corporación, conforme a lo previsto en el artículo 33 del aludido Decreto 2591 de 1991, una de las causales para que un magistrado o el Defensor del Pueblo insista en la selección de un caso excluido de revisión, radica en que se “pued[a] aclarar el alcance de un derecho”. Esto significa que una vez es seleccionado un caso, la Corte puede definir con claridad qué asuntos abordará o qué problemas jurídicos resolverá, entre ellos los referentes a la procedencia de la acción de tutela y como ello se relaciona con el conflicto sometido a su jurisdicción.

3.2.1.3. A juicio de esta Sala de Revisión, en el asunto sub-examine, el conflicto ius fundamental que ante ella se presenta gira en torno al uso de las imágenes de dos artistas, en concreto el señor Armando José Galán Gravini y su fallecido padre Francisco “Pacho” Galán, por parte del señor Ricardo Alí Pérez Chávez, en las que se incluyen fotografías y su perfil social.

Esta delimitación de la controversia constitucional no desconoce la existencia de otras tensiones susceptibles de ser solventadas por otros medios de defensa judicial, o que las mismas sean relevantes para solucionar el caso bajo estudio, como ocurre con la disímil manera como se utiliza el nombre Pacho Galán entre dos orquestas. Por el contrario, la delimitación propuesta corresponde al ejercicio de una competencia que tiene la Sala para determinar qué temas abordará en su estudio y cuáles de ellos no son aptos para ser decididos mediante una sentencia de tutela, en los términos previamente expuestos.

3.2.1.4. La fijación del tema objeto de controversia se justifica en las siguientes razones. En

primer lugar, el actor interpone la acción de tutela contra un particular, esto es, el señor Ricardo Alí Pérez Chávez, solicitando al juez constitucional que, tras amparar tanto sus derechos fundamentales como los de su padre, ordene al demandado publicar que ni su imagen ni la de Pacho Galán hacen parte del establecimiento de comercio de su propiedad. Igualmente, pide que se suspenda el uso de los retratos y fotografías de que dispone y que se proceda inmediatamente al desmonte y retiro de las mismas –lo que incluye biografías u otro contenido– de cualquier plataforma en que sean empleadas.

Como se observa lo expuesto, es claro que el conflicto gira en torno al uso indebido de la imagen, cuya disputa se remonta al 11 de octubre de 2008, cuando –según el señor Armando José Galán Gravini– empezaron a hacer uso de ella sin su consentimiento y a explotar su reputación y la de su padre. También es innegable que al menos desde el 18 de septiembre de 2009, el actor elevó una solicitud expresa para que las imágenes dejaran de ser utilizadas, lo que justifica –en su opinión– que no existe un problema de inmediatez en la acción de amparo, ya que, desde entonces, el derecho a la imagen ha venido siendo conculcado. Por lo anterior, esta Corporación concluye que el conflicto ius fundamental que se somete a su decisión, se apoya en la supuesta transgresión del citado derecho fundamental.

3.2.1.5. Ahora bien, al momento de instaurar la acción de tutela, el actor se refirió a la presunta trasgresión de otros derechos fundamentales, como el buen nombre y la honra, reconocidos ambos expresamente en los artículos 15 y 21 del Texto Superior. Al respecto, la Corte ha delimitado conceptualmente el contenido de ambos derechos[23]. Para efectos de esta providencia, basta con decir que el primero de ellos se refiere a la reputación de una persona, mientras que el segundo implica el respeto que ella merece por su propia condición de tal. De tal suerte que el buen nombre alude al prestigio de una persona por su comportamiento en ámbitos públicos, mientras que la honra se refiere a la valoración de la persona en ámbitos privados. En términos de la Sentencia C-442 de 2011[24], “el buen nombre se refiere a la apreciación que se otorga a la persona por asuntos relacionales (cumplimiento de obligaciones dinerarias[25], aptitud para dirigir un equipo deportivo[26], entre otras), mientras que la honra se refiere más a la apreciación de la sociedad hacia una persona, a partir de su propia personalidad y comportamientos privados directamente ligados con ella”.

Por las circunstancias del presente caso y de los medios probatorios allegados al proceso, es innegable que la utilización de las imágenes del actor y de su padre, no se relacionan con una hipótesis de descrédito a la imagen pública del señor Armando José Galán Gravini o de Francisco “Pacho” Galán, o de afrentas en su ámbito privado, básicamente porque del uso de la información biográfica y de las fotografías, no se desprende la difusión de informaciones falsas o erróneas sobre su vida artística, que distorsionen el concepto público que se tiene de ambos. Igualmente, tampoco es claro que se trate de opiniones manifiestamente tendenciosas respecto a conductas privadas del actor o de su fallecido padre.

No cabe duda que de los hechos alegados y de las pruebas que reposan en el expediente, el conflicto que debe abordar la Corte no versa sobre los derechos a la honra o al buen nombre, pues la discusión iusfundamental se centra específicamente en el amparo del derecho a la imagen, lo que le brinda la posibilidad a esta Sala de Revisión de ahondar en su alcance, sobre todo, como se verá más adelante, en relación con las acciones de competencia desleal.

3.2.2. Problema jurídico y esquema de resolución

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio del amparo constitucional y de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales, esta Corporación debe dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos: En primer lugar, si es procedente el ejercicio de la acción de tutela en contra del señor Ricardo Alí Pérez Chávez, en su condición de particular que no presta un servicio público y cuya conducta no afecta grave y directamente el interés colectivo.

En segundo lugar, en caso de que la respuesta al citado interrogante sea afirmativa, esta Sala deberá determinar, si el demandado desconoció el derecho a la imagen del accionante y de su difunto padre, esto es, el señor Francisco “Pacho” Galán, por promocionar los servicios de su orquesta haciendo uso de fotografías y retratos en los que ellos aparecen, entre otras, acompañados de la descripción biográfica de su historia y de su aporte al folclor colombiano.

Con el propósito de resolver estos problemas jurídicos, inicialmente la Sala reiterará la jurisprudencia en torno a la procedencia de la acción de tutela contra particulares (3.3), a

continuación hará referencia a las acciones por competencia desleal contempladas en la Ley 256 de 1996, para determinar si las mismas resultan procedentes o no para resolver la controversia planteada (3.4); luego analizará el contenido del derecho a la imagen y su ámbito de protección (3.5); y por último, resolverá el caso concreto (3.6).

3.3. De la procedencia de la acción de tutela contra particulares (reiteración de jurisprudencia)

3.3.1. El inciso 5º del artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de amparo constitucional procede en ciertos casos contra particulares. Entre ellos se contempla la viabilidad procesal del ejercicio de esta acción cuando “quién solicite [el amparo] se halle en estado de subordinación o indefensión”. Este mandato concuerda con lo previsto en los numerales 4º y 9º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[27].

3.3.2. En cuanto a la subordinación, para los efectos de esta sentencia, resulta preciso recordar que su fundamento se origina en la existencia de una relación jurídica de dependencia que tiene su soporte en un mandato legal o social, por virtud del cual una persona está sometida al cumplimiento de las órdenes de otra. Así, en la Sentencia T-405 de 2007[28], este Tribunal indicó que “el estado de subordinación ha sido definido por la Corte como la existencia de una relación jurídica de dependencia, que se manifiesta principalmente entre trabajadores y patronos, o entre estudiantes y profesores o directivos de un plantel educativo”.

Por su parte, la indefensión se refiere a una situación fáctica en la cual la persona no cuenta con la posibilidad material de hacerle frente a las amenazas o transgresiones de otra, en algunas ocasiones por la ausencia de medios ordinarios de defensa y, en otras, porque los mismos resultan exiguos para resistir el agravio. En la precitada providencia, la Corte indicó que “el estado de indefensión es un concepto de naturaleza fáctica que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, por el conjunto de circunstancias que rodean el caso, no le es posible defenderse ante la agresión de sus derechos”. Así mismo, este Tribunal ha dicho “que la indefensión jurídica se presenta en aquellas circunstancias en las cuales la persona ofendida carece de medios jurídicos de defensa o también, cuando a pesar de existir dichos medios, los mismos resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de sus derechos

fundamentales”[29].

La subordinación y la indefensión, como supuestos de procedencia de la acción de tutela contra particulares, no son conceptos necesariamente excluyentes, pues pueden presentarse simultáneamente en un mismo caso. Esta circunstancia suele ocurrir cuando se exterioriza la última hipótesis de indefensión, referente a la carencia de medios jurídicos para defender los intereses propios frente al agravio de otro, en la que el juez constitucional debe examinar la pretensión invocada por el actor y la viabilidad de las acciones existentes para satisfacerla integralmente.

3.3.3. En este sentido, en la aludida Sentencia T-405 de 2007, haciendo referencia a las acciones penales, esta Corporación señaló que: “las pretensiones que persigue la demandante a través de la acción de tutela (la orden de suspender en forma inmediata la divulgación de las fotografías; la orden de restitución a la actora de todas y cada una de las fotografías que reposan en poder de la demandada), no pueden ser satisfechas de manera oportuna a través del instrumento penal el cual estaría orientado a constatar la existencia objetiva y subjetiva de la infracción penal, la responsabilidad de la imputada, e imponer la sanción correspondiente. Estas dificultades para la efectiva protección de los derechos comprometidos se incrementan debido a las complejidades que comporta la determinación de la tipicidad de una conducta como la que es objeto de análisis en este proceso”[30].

Igual precedente ha sido sostenido cuando se trata de acciones civiles. Así, en la Sentencia T-408 de 1998[31], en relación con un proceso reivindicatorio que se impulsó para obtener la devolución de unas fotografías, la Corte consideró que dicho medio defensa judicial no resultaba idóneo para evitar su difusión y divulgación. En este términos, se dijo que: “el proceso reivindicatorio civil, el cual podría constituir un juicio ordinario, abreviado o verbal sumario, según la cuantía del asunto (C.P.C., artículos 396 y 397), es un medio de defensa apropiado para que el actor recupere la tenencia de las fotos que reclama. Sin embargo, la Sala estima que la duración promedio del juicio civil de reivindicación no se compeadece con la urgencia y magnitud del daño iusfundamental que se produce en razón de la circulación y difusión de fotografías”[32].

En el mismo sentido, en un caso en el que se recurrió a la acción de tutela para evitar que las imágenes de un parto fueran difundidas de manera contraria a lo acordado, esta

Corporación indicó que: “En el hipotético evento de que se debiera conceder la protección, la orden de cesar las emisiones y utilizaciones futuras del filme que según la actora lesionan su intimidad, no podría lograrse de manera efectiva y pronta a través de un medio judicial ordinario. De otro lado, la presentación repetida de la cinta por parte de los medios masivos de comunicación, en razón de su impacto y radio de acción, [pone] a la persona a la cual aquélla se refiere, en estado de indefensión”[33].

En conclusión, es claro que la indefensión debe ser analizada en cada caso concreto, lo que conlleva a la determinación de si existen otros medios judiciales con idoneidad para repeler el agravio y satisfacer las pretensiones de la parte demandante, en caso de que tuviese derecho a ello.

3.3.4. Ahora bien, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, es preciso señalar que la inexistencia de medios de defensa judicial o su falta de idoneidad para satisfacer las pretensiones invocadas, conllevan a que las órdenes que resuelven el conflicto puesto a consideración del juez de tutela –de concederse el amparo– lo hagan de manera definitiva. Por el contrario, si existen otros mecanismos de defensa judicial, incluso entre particulares, mas se vislumbra la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el amparo procede de manera transitoria. En este evento, la protección brindada por el juez constitucional se somete a lo previsto en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, en el sentido de que el afectado tendrá que ejercer la acción ordinaria en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo tutela, so pena de que cesen sus efectos. En todo caso, el amparo perdurará “durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

3.3.5. En el asunto bajo examen, resulta necesario determinar si el señor Armando José Galán Gravini se halla inmerso en una situación de subordinación o indefensión que torne procedente el presente amparo constitucional.

3.3.5.1. En cuanto a la subordinación, es claro que al no existir una relación jurídica de dependencia entre el accionante y el demandando, no se incurre en esta causal de procedencia de la acción de tutela contra particulares.

3.3.5.2. En lo que respecta a la existencia de una situación de indefensión, en primer lugar, a juicio de la Sala, no se observa que se esté en presencia de una hipótesis de sujeción

material de una persona frente a otra. En efecto, los problemas de salud invocados por el señor Galán Gravini, esto es, el hecho de padecer Párkinson y de tener episodios depresivos, como consta en la historia clínica allegada al proceso[34], no guardan ningún tipo de relación causal con las actuaciones atribuidas al señor Ricardo Alí Pérez Chávez. Por lo demás, el hecho de que el actor pertenezca a la tercera edad (nació en 1935)[35], no conlleva automáticamente a la procedencia de la acción de tutela o a que pueda presumirse que se encuentra inerme frente a otra persona.

Lo anterior se refuerza en el hecho de que el accionante ha recurrido a diferentes medios para repeler la actuación que, en su criterio, conculca sus derechos fundamentales y los de su difunto padre. Precisamente, conforme a los hechos de la demanda, más allá de que su disconformidad deviene del año 2008, el 18 de septiembre de 2009, de manera expresa, exigió que el demandado y su familia dejaran de beneficiarse de su biografía y de la trayectoria artística de Francisco "Pacho" Galán, quien muriera el 21 de julio de 1988[36].

3.3.5.3. Resta entonces por establecer si el señor Armando José Galán Gravini se encuentra en una situación de indefensión jurídica, por la ausencia de medios ordinarios de defensa judicial o porque los mismos resultan exigüos para resistir el agravio. El análisis de esta hipótesis de procedencia de la acción de tutela, surge del hecho de que se está en presencia de un conflicto de dos personas que, en el ámbito comercial, buscan alcanzar una mejor posición económica.

Por estos efectos, la Sala estima necesario disgregar las pretensiones invocadas por el señor Armando José Galán Gravini. Así, por una parte, se examinarán aquellas que conciernen a la protección de su derecho a la imagen y, por la otra, aquellas relacionadas con el uso de la imagen y la reputación profesional de su padre, cuyo éxito musical llegó a tal punto que su figura fue utilizada en diferentes campañas publicitarias[37].

Sin embargo, antes de proceder al examen de este punto, es imprescindible referirse a las otras acciones que existen en el ordenamiento jurídico para proteger el derecho a la imagen en el ámbito de una disputa comercial, como lo son las acciones de competencia desleal.

3.4. De las acciones por competencia desleal y de la indefensión jurídica del actor

3.4.1. De las generalidades que rigen la procedencia de las acciones por competencia

desleal

3.4.1.1. Por mandato de la Constitución, en concreto del artículo 333, la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Tal libertad, esencial para el modelo de economía social de mercado, debe regirse conforme con los mandatos de la Carta Política, entre ellos el principio de la buena fe. En este orden de ideas, el artículo 83 del Texto Superior contempla que las actuaciones de los particulares deberán ceñirse a dicho principio, cuyo postulado se presume en las actuaciones que aquellos adelantan ante las autoridades públicas.

En la Sentencia C-1194 de 2008[38], esta Corporación conceptualizó el citado precepto de la siguiente manera: “la jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”.

3.4.1.2. Ninguna relación jurídica es ajena al mencionado principio constitucional. En este sentido, por ejemplo, en la Ley 256 de 1996, el legislador previó un conjunto de actos y conductas que atentan contra la libre y leal competencia[39]. En ella se consagró expresamente la obligación de los participantes en un mercado de respetar –en todo negocio que celebren– el principio de la buena fe comercial. Se trata de una subespecie dentro del aludido principio constitucional, exigible en las relaciones mercantiles, cuyo desconocimiento se presenta cuando se utilizan medios indebidos para competir, que implican la intención o adquisición de una ventaja competitiva ilegítima.

En este sentido, al referirse a su ámbito de aplicación, el artículo 2º de la citada ley alude a los comportamientos “que [se] realicen en el mercado (...) con fines concurrentiales”. Se presume que existe un fin concurrential, cuando un acto, “por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quién lo realiza o de un tercero”.

En desarrollo de lo expuesto, es claro que la procedencia de las acciones por competencia desleal, exigen acreditar los siguientes requisitos: (i) que se esté en presencia de

actuaciones realizadas en el mercado y (ii) que las mismas tengan fines concurrentiales. Así las cosas, sólo podrán ser objeto de cuestionamiento las actuaciones que se realicen en un ámbito determinado o determinable y siempre que tengan la cualidad de mantener o incrementar la presencia en un mercado, ya sea a favor propio o de un tercero.

3.4.1.3. Una vez determinado el ámbito en el cual operan las acciones por competencia desleal, resulta necesario indicar que no se trata de cualquier actuación concurrente, sino exclusivamente de aquellas que sean susceptibles de ser calificadas como desleales, por atentar contra el principio de la buena fe comercial.

En este orden de ideas, se considera desleal toda actuación que busque incidir en la decisión de la clientela y que sea idónea para direccionar el consumo hacia un determinado producto o servicio, a través de la cual se posicione al comerciante en un mercado, siempre que se haga mediante medios contrarios a la pulcritud y honestidad que rigen las relaciones jurídicas. De ahí que, estas acciones no busquen prevenir o resarcir daño alguno, cuando quiera que la ventaja competitiva sea adquirida de manera legítima, o lo que es lo mismo, como consecuencia de la dinámica del mercado. Por esta razón, según la referida Ley 256 de 1996, son desleales todas las actuaciones contrarias al principio de la buena fe comercial[40]. Expresamente, en la citada ley, se considera que constituye competencia desleal “todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrentiales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial y comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libre de (sic) decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrential del mercado”[41].

3.4.1.4. La citada cláusula general de protección, se complementa con una enumeración de conductas que pueden constituir competencia desleal, entre las que se destacan: la desviación de la clientela, los actos de engaño, los actos de imitación y la explotación de la reputación ajena. Para efectos del asunto sometido a decisión, es importante referirse a la última de las conductas mencionadas.

Al respecto, el artículo 15 de la Ley 256 de 1996, contempla que será desleal “el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”. Se trata de un mandato que,

como se infiere de lo expuesto, protege a quienes participan en el mercado y encuentran que alguien está haciendo un uso ilegítimo de su renombre profesional, o intenta obtener una mejor posición económica gracias a su reputación o prestigio. Ello no excluye que por este mismo comportamiento o por alguno similar, puedan existir conductas típicas en el derecho penal[42].

3.4.1.5. Ahora bien, la citada ley también establece con claridad quiénes están legitimados para interponer acciones por competencia desleal y contra quiénes pueden ser instauradas.

En cuanto al primer punto, además de las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales, las asociaciones de consumidores y la Procuraduría General de la Nación, está legitimada toda persona que “participe o demuestre intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal”, conforme a lo previsto en el artículo 21 de la aludida ley. En consecuencia, no toda persona puede acudir a las citadas acciones de protección, el objeto de las mismas se circunscribe a quien comparece al mercado a ofertar sus servicios o productos y se ve afectado por una ilegítima concurrencia, por virtud de la cual se le brinda a su competidor una ventaja contraria a la buena fe comercial, que amenaza o afecta sus intereses económicos.

En lo que se refiere al segundo punto, el artículo 22 contempla que estas acciones proceden “contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal”. Bajo este hilo conductor, sólo puede demandarse por esta vía a las personas que actúen en el mercado o pretendan hacerlo, cuando transgredan la buena fe comercial en búsqueda de una ventaja competitiva ilegítima y siempre que con su actuar causen o puedan causar daños en los intereses económicos del afectado.

3.4.1.6. Bajo la lógica de que la Ley 256 de 1996 pretende -como se ha expuesto- la protección de la competencia en procura del mantenimiento del orden económico y de la guarda de los consumidores[43], es importante mencionar que existen dos tipos de acciones por competencia desleal con efectos diferentes.

La primera, comprendida en el numeral 1º del artículo 20, de naturaleza declarativa y de condena, conforme a la cual una vez se evidencie un acto de competencia desleal, la orden

se dirigirá a remover sus efectos y/o a indemnizar al afectado. En efecto, el mencionado artículo establece que: “El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante”. De conformidad con lo anterior, esta acción es viable contra el daño causado y busca evitar que sus efectos en el mercado se sigan produciendo.

3.4.1.7. En conclusión, el legislador previó las acciones por competencia desleal que pueden ser instauradas por personas que actúen en el mercado o que tengan interés en hacerlo y que se vean afectadas en sus intereses económicos por la actuación de un competidor, que atenta contra la buena fe comercial. Estas acciones no prohíben cualquier tipo de concurrencia o de ventaja competitiva, sino exclusivamente aquellas que transgredan el referido principio, siempre y cuando se produzcan en el mercado y tengan fines concurrenciales. Una de las causales que expresamente establece la ley como desleal, es el aprovechamiento de la reputación ajena, la cual –entre otras– se deriva de la obtención de una ventaja económica indebida gracias al uso de la reputación o renombre profesional ajeno.

Por lo demás, existen dos tipos de acciones por competencia desleal: (i) las declarativas y de condena y (ii) las preventivas o de prohibición, que se diferencian por la consumación del daño y por la etapa de ejecución de la conducta del sujeto frente a los mandatos de la buena fe comercial.

Con fundamento en lo expuesto, se procederá a examinar si estas acciones brindan los elementos necesarios para resistir al agravio alegado por el señor Armando José Galán Gravini, en lo que se refiere a la protección de su derecho a la imagen y a la reputación profesional de su padre, conforme lo exige el criterio de indefensión jurídica, expuesto en el acápite 3.3 de esta providencia, como parámetro de procedencia de la acción de tutela contra particulares.

3.4.2. De la indefensión jurídica del actor para la protección de su derecho a la imagen

3.4.2.1. Como se infiere de las consideraciones realizadas en el acápite anterior, el ordenamiento jurídico consagra como herramienta idónea para garantizar la lealtad y el

funcionamiento transparente de los mercados a las acciones por competencia desleal. En este contexto, en virtud de la Ley 256 de 1996, una de las causales que se considera contraria a la leal competencia es la explotación indebida de la reputación ajena.

3.4.2.2. En el caso concreto, como previamente se expuso[44], la existencia de una hipótesis de indefensión jurídica del accionante debe examinarse a partir de la disgregación de las pretensiones por él invocadas. Así, por una parte, se examinará aquellas relacionadas con el uso de la imagen y la reputación profesional de su padre, y, por la otra, aquellas que conciernen a la protección de su derecho a la imagen.

3.4.2.3. En este orden de ideas, en cuanto a la primera pretensión, como se observa de los hechos y de las pruebas allegadas al expediente, más que una discusión sobre la forma como se ha hecho uso de la imagen y la reputación profesional del difunto maestro Francisco “Pacho” Galán, lo que se encuentra es un conflicto de naturaleza eminentemente económica y comercial entre varios miembros de su familia y el señor Ricardo Alí Pérez Chávez, quienes actúan en el mercado y tienen fines concurrenciales. Por esta razón, como se explicará más adelante, la Sala encuentra que las acciones de protección a los derechos de autor junto con las acciones por competencia desleal, son idóneas y eficaces para resolver las controversias que se han originado.

En este sentido, es menester indicar que el accionante fue director musical de la agrupación denominada Orquesta Pacho Galán y que frente al uso de la imagen de su padre, en los hechos planteados en la demanda, cuestionó su “comercialización ilegítima” por parte del accionado[45], lo que –en su parecer– constituye un aprovechamiento de la reputación ajena, con perjuicio de los derechos patrimoniales de autor de sus herederos[46]. Obsérvese como la discusión que se plantea al juez constitucional se desvía a una afectación netamente económica y patrimonial, frente a la cual son procedentes los mecanismos ordinarios de defensa judicial que protegen las creaciones del intelecto[47].

Al citado conflicto se suma el registro del nombre comercial “Orquesta Pacho Galán” efectuado en el 2009 por el señor Ricardo Alí Pérez Chávez, según el actor, sin la autorización de la descendencia del mencionado músico[48]. Adicionalmente, se encuentra que las tensiones entre las familias han llegado hasta la formulación de denuncias de tipo penal, por delitos contra la propiedad intelectual y la usurpación de marcas[49]. Por otra

parte, también se plantea una controversia como consecuencia de la decisión del hijo del accionante de registrar la marca mixta “Pacho Galán” en la Superintendencia de Industria y Comercio el 8 de febrero de 2010[50], aunado al hecho de que el demandado utiliza la imagen del citado compositor en tarjetas de presentación y en carpetas de ofertas musicales[51], en las que igualmente se menciona la historia de su orquesta mediante fotografías y recortes de periódicos[52].

Lo anterior demuestra que además del conflicto que existe frente a la explotación de los derechos patrimoniales de autor, los familiares del accionante, entre ellos su hijo (Armando Galán Valencia), tiene intereses concurrenciales en el mercado del entretenimiento, por lo que el uso de la imagen del maestro “Pacho Galán” termina convirtiéndose en una disputa comercial, en relación con la cual se reconocen las acciones previstas en el ordenamiento jurídico para garantizar la libre y leal competencia, en los términos previstos en esta providencia.

Esta situación incluso ha sido puesta de presente ante los jueces de tutela. En una ocasión, el señor Galán Gravini cuestionó a uno de los hermanos Pérez Chávez que hiciera saber que poseía, ejecutaba y efectuaba arreglos musicales al legado de su padre[53]; y en la otra, el señor Ricardo Alí Pérez Chávez demandó que se hubiese permitido la inscripción, por parte del hijo del actor, de la citada marca mixta denominada Pacho Galán[54], la cual sirve de sustento a una orquesta de su propiedad denominada Pacho Galán Big Band. A pesar de que ambas demandas fueron declaradas improcedentes por las autoridades judiciales, permiten entender que se está en presencia de un conflicto entre dos competidores y que tal controversia ha llegado a ámbitos disímiles.

De esta perspectiva, sin lugar a dudas, la actuación de actor está dirigida a incidir en un problema de derechos patrimoniales de autor y de competencia (por lo menos entre dos orquestas: una de propiedad de su hijo: Pacho Galán Big Band; y otra del señor Pérez Chávez: Orquesta Pacho Galán), cuya resolución -como ya se dijo- no es propia de la acción de tutela, al tratarse de una controversia ajena a una cuestión ius fundamental, cuyo campo de acción refleja intereses de tipo económico, patrimonial y, en general, de participación en el mercado, a partir del uso de la figura del maestro Pacho Galán, cuya explotación es esencial para hacer saber al público el servicio que ofertan.

Es por ello que, en lo que al uso de la imagen de Pacho Galán se refiere, es claro que la acción de tutela instaurada por el señor Armando José Galán Gravini contra Ricardo Alí Pérez Chávez es improcedente, ya que –como previamente se dijo– se trata de una controversia económica y patrimonial, frente a la cual son procedentes, no sólo las acciones por competencia desleal, sino también los mecanismos ordinarios de defensa judicial que protegen las creaciones del intelecto.

3.4.2.4. Visto lo anterior, se examinará la segunda pretensión referente al uso de la imagen del demandante, esto es, el señor Armando José Galán Gravini. En cuanto a ella esta Corporación encuentra que las aludidas acciones no son procedentes para proteger el citado derecho, por una parte, porque es claro que la discusión que se plantea es ajena a un problema de derechos de autor, y por la otra, porque en relación con las acciones por competencia desleal, no se cumple con el requisito de legitimación por activa previsto en el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, en el que se exige que el interesado debe participar en el mercado o tener la intención hacerlo.

De los hechos mencionados y de los elementos probatorios allegados al proceso, es palpable que el citado señor Galán Gravini no se encuentra compitiendo mediante el ofrecimiento de servicios de entretenimiento, como son aquellos que brinda una orquesta musical, o que busque proteger sus intereses económicos derivados del uso de su imagen. Se trata de una persona de 76 años, pensionada de la Universidad del Atlántico, que al parecer no realiza ningún tipo de operación económica, cuyos intereses resultan supuestamente perjudicados o amenazados con el comportamiento del señor Ricardo Alí Pérez Chávez. De ahí que, adicionalmente, no se percate la existencia de una actuación concurrencial dirigida a mantener o incrementar una posición en el mercado, como lo exige el artículo 7° de la aludida Ley 256 de 1996, como requisito indispensable para que se activen las acciones por competencia desleal.

Conforme a esta argumentación, no cabe duda de que el actor se encuentra en una hipótesis de indefensión jurídica, por la ausencia de medios ordinarios de defensa judicial para proteger su derecho a la imagen, no sólo por la falta de procedencia de las acciones mencionadas (acciones de protección a los derechos de autor y acciones por competencia desleal), sino también porque la jurisprudencia de la Corte –como ya se dijo– le ha negado eficacia a las vías de carácter penal[55]. En este contexto, en criterio de esta Sala,

únicamente es viable el ejercicio la acción de tutela en lo que respecta a una de las controversias sometidas a decisión, esto es, el posible uso indebido de la imagen del señor Armando José Galán Gravini por parte de Ricardo Alí Pérez Chávez.

3.5. Contenido del derecho a la imagen, ámbito de protección y limitaciones posibles (reiteración de jurisprudencia)

3.5.1. La Constitución no contempla, de manera expresa, el derecho a la imagen. Sin embargo, una lectura sistemática de la Carta, entre otras, a partir del artículo 94 del Texto Superior[56], permite concluir que este derecho es reconocido en el ordenamiento jurídico colombiano, como expresión directa de la individualidad e identidad de la persona.

3.5.2. En este orden de ideas, esta Corporación ha reconocido que el derecho a la imagen emana, entre otros, del contenido de dos derechos constitucionales fundamentales: (i) el derecho al libre desarrollo de la personalidad y (ii) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

En cuanto al primero, en la medida en que consagra “la cláusula general de libertad”[57], la cual permite a toda persona autodeterminarse como sujeto y alcanzar la búsqueda de una identidad propia. Así las cosas, el libre desarrollo de la personalidad habilita la formación autónoma de una imagen física, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. La expresión autónoma de dicha libertad apunta a construir una imagen social que refleje una forma de vida y que sustente el camino que se ha decidido recorrer por un sujeto, como ocurre, por ejemplo, cuando se elige ejercer una determinada profesión u oficio, o se exponen ciertas convicciones políticas o se manifiesta pacíficamente en la colectividad.

En cuanto al segundo, al admitirse que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, abarca la protección de los atributos de la persona, entre ellos, la identidad manifestada en la imagen de un sujeto único y diferenciable frente al resto de personas.

En este sentido, en la Sentencia T-090 de 1996[58], la Corte indicó que:

“La consideración conjunta de los artículos 14 y 16 de la C.P., obligan a concluir que la personalidad a que aluden ambos es una personalidad diferenciada -desde luego, sin

perjuicio de que el derecho en sí mismo sea abstracto y universal-, en el sentido de que ella no es ajena a las características físicas, sociales y a los demás elementos relevantes que son distintivos y propios de un individuo y que objetivamente son susceptibles de ser reconocidos y apreciados en su medio. Las dos disposiciones, una en sentido estructural y la otra en sentido funcional y dinámico, amparan el derecho a la propia identidad y la consiguiente facultad de obrar contra su injusto falseamiento. Igualmente, el interés en la verdad biográfica, puede en ciertos eventos preservarse a través del ejercicio del derecho de rectificación de informaciones falsas, inexactas o imparciales (C.P., art. 20), lo que demuestra que la autenticidad personal (lo mismo que la necesidad social de conocer a la persona tal cual es) corresponde a una pretensión que tiene relevancia constitucional y que ésta es indisociable de la particular concepción del sujeto que alienta toda la Constitución”.

La autenticidad que como ser social se ha forjado una persona en el devenir de su vida, es lo que constituye el derecho a la imagen, el cual, como derecho fundamental autónomo “puede ser lesionado en forma independiente o concurrente con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de su titular”[59]. Se trata de un derecho personalísimo vinculado directamente con la dignidad humana y con la cláusula general de libertad.

3.5.3. En cuanto al contenido concreto de este derecho, la Corte ha enfatizado su reconocimiento a través de tres facetas.

3.5.3.1. En la primera se expresa la autonomía de la persona para determinar su propia imagen, es decir, como quiere verse y como quiere ser percibido por los demás. Esto implica, por ejemplo, la posibilidad del individuo de distinguirse físicamente y de romper con la homogeneidad que de otro modo imperaría en el colectivo o de referirse a sí mismo según la profesión que desempeña para ser diferenciado a partir de ella del resto de la colectividad, sin perjuicio de los eventos en los cuales la uniformidad es exigible, como ocurre, entre otras, con las fuerzas armadas. Esta faceta, estrechamente vinculada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puede ser comprendida como el aspecto estético o somático del derecho o la dimensión de autodefinición del ser, al tener en cuenta para definir la individualidad de la persona su imagen física, su nombre o su voz[60].

3.5.3.2. En la segunda se incluye un aspecto positivo y otro negativo del derecho. En el

aspecto positivo, se encuentra la potestad de la persona de decidir qué parte de su imagen será difundida y qué parte no, ya sea de manera onerosa o gratuita. En esta dimensión del derecho, el sujeto escoge qué podrá ser percibido por los demás y podrá autorizar, si así lo desea, que un tercero utilice su imagen. En caso de que se presente un incumplimiento en la forma en que se haya convenido dicha utilización, esta Corporación ha señalado que es procedente el amparo del citado derecho por la vía de la acción de tutela, sin perjuicio de la existencia de los otros medios de defensa judicial. Así lo reconoció, por ejemplo, en la Sentencia T-090 de 1996, en la que sostuvo que: “las imágenes (...) se presentaron pretermitiendo la finalidad que se tuvo en cuenta por la actora para autorizar su exposición pública. [Por ello, tanto] la apropiación ilícita como la utilización no convenida de las imágenes propias, violan este derecho”[61].

En cuanto a su aspecto negativo, este derecho también implica la posibilidad de prohibir la obtención, utilización o reproducción no autorizada de la imagen de una persona, sin que importe el interés que se haya invocado para justificar dicha explotación y siempre que se tengan en cuenta los límites que rigen el alcance de este derecho, los cuales serán objeto de desarrollo más adelante.

3.5.3.3. En la tercera faceta se encuentra la denominada imagen social, cuyo objeto comprende la caracterización que una persona logra de sí misma en la sociedad y que le permite identificarse plenamente frente a los otros. Sobre esta expresión del derecho, la Corte se pronunció en la citada Sentencia T-090 de 1996, a partir del momento mismo en el que planteó problema jurídico sometido a definición, conforme al cual: “[La Corte ha de analizar] si la compañía demandada, concesionaria de espacios de televisión y responsable de la producción y transmisión de un determinado programa, violó algún derecho fundamental de la demandante que la autorizó para grabar las escenas de su parto (...) cuando editó y emitió públicamente el filme sin respetar su verdadera identidad sociocultural y la finalidad que se pretendía alcanzar” (subrayas fuera del original).

En esta providencia, al momento de amparar los derechos fundamentales invocados por la actora, la Corte señaló que la forma cómo se había realizado la exposición de su imagen era contraria a la proyección social que ésta había construido durante su vida, pues la habían mostrado como una madre proveniente de un estrato socioeconómico alto, privilegiado y burgués; mientras que, en la realidad, la accionante provenía de un hogar modesto, sin

bienes de fortuna y similar a la de muchos colombianos de ingresos medios.

En desarrollo de lo expuesto, este Tribunal concluyó que la Constitución Política protege el derecho a la imagen, no sólo en lo que se refiere al aspecto físico, sino también frente a la identidad constituida por las particularidades y circunstancias concretas en las que una persona desarrolla su existencia, en especial en contextos en los cuales se produce su falsamiento o una injusta apropiación. En este sentido, se dijo que: “apagar, silenciar, desconocer y, en fin, hacer caso omiso, del verdadero ser social de la persona, equivale a negar el derecho a la diferencia y, por ende, soslayar el significado profundo del pluralismo (...). // En este sentido, no podría hablarse de pleno reconocimiento de la personalidad jurídica, si la identificación de la persona se limitase a considerar su sexo, edad, estado o filiación, dejando de lado las vulneraciones y alteraciones deliberadas o culposas que injustamente afecten la identidad cultural derivada de los hechos y circunstancias claramente conocidos en el ambiente social en el que se desenvuelve la persona”[62].

3.5.4. Ahora bien, como quiera que el derecho a la imagen es un derecho personalísimo, no cabe duda de que su objeto de protección no puede quedar sometido a la libre disposición o manipulación de terceros. Por ello, se ha considerado que su vulneración puede provenir de situaciones en las cuales se interfiere de forma indebida en la decisión de una persona de establecer qué podrá ser conocido por los otros y qué estará proscrito de su disposición. De igual manera, se presenta una transgresión cuando se incurre en un falsamiento o en una apropiación, explotación, exposición, reproducción y/o comercialización no autorizada de la imagen de una persona.

Por lo demás, la Corte también ha señalado que se desconoce este derecho cuando un tercero interviene sin autorización o de forma arbitraria en la consolidación de la imagen de una persona, siempre y cuando dicha intervención no corresponda a uno de los límites que se derivan de los derechos de los demás o del orden jurídico (CP art. 16), como ocurre, por ejemplo, con algunas restricciones que en términos de presentación personal se imponen en colegios, en trabajos de oficina o en cargos públicos, siempre que ellas se ajusten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

3.5.5. Con todo, el ejercicio y protección del derecho a la imagen también tiene límites que han sido mencionados por esta Corporación y que surgen de las elementales relaciones que

se presentan en la sociedad. Precisamente, en la citada Sentencia T-090 de 1996, se dijo que: “con las limitaciones legítimas deducibles de las exigencias de la sociabilidad humana, la búsqueda del conocimiento y demás intereses públicos superiores, se estima 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”.

En este contexto, la Corte ha admitido que las limitaciones del derecho a la imagen se relacionan, por lo general, con las restricciones genéricas que se suelen imponer a los derechos fundamentales vinculadas básicamente con la salvaguarda de los derechos de los demás, la prohibición del abuso del derecho, la preservación del orden jurídico, las exigencias de la sociabilidad humana y, en ciertos casos, con la realización de algún interés público de raigambre superior, cuyo peso o valor dentro del Estado Social del Derecho justifica la existencia de una limitación o restricción, como ocurre, entre otras, con la búsqueda del conocimiento o el acceso libre a la información.

Así, por ejemplo, la Corte ha considerado que es posible exagerar algunas de las facetas del derecho a la imagen de personas con proyección pública, cuando se adelanta una actuación de control en los órganos de representación popular, con el propósito de examinar su quehacer o labor oficial. En este orden de ideas, en la Sentencia T-322 de 1996, expresamente se manifestó que:

“Tratándose del derecho a la imagen, en personas con proyección pública, si en un debate parlamentario se resaltan o aún se exageran las facetas que hacen de ese hombre público la personificación de una idea, no se ve la violación al derecho fundamental de la imagen. Esa imagen política está dentro del ámbito político y si lo que se pone en tela de juicio está en relación con esos actos públicos, ya más que de imagen lo que se trata es de actividad política.”[63]

De igual manera, en algunos casos se ha reconocido que el derecho a la imagen debe ceder ante la necesidad de realizar las libertades de información y expresión. Al respecto se encuentran casos vinculados con (i) la divulgación de hechos noticiosos derivados de la actuación pública de una persona[64] o (ii) la exhibición de fotografías, como expresión artística, en la que no se revela la identidad de los transeúntes y mucho menos las cualidades o características personales de quienes allí aparecen[65].

Por otra parte, las exigencias de la sociabilidad humana también se convierten en un límite del derecho a la imagen, como ocurre con la exposición de imágenes o fotografías que simplemente resaltan acontecimientos ocurridos o que exhiben momentos de camaradería social, sin que se pretenda reflejar -como ya se dijo- una característica o cualidad especial de una persona.

3.5.6. Finalmente, es preciso señalar que la existencia de los límites vinculados con los requerimientos de la sociabilidad humana también plantean varios problemas constitucionales que, en gran medida, se relacionan con la protección del derecho a la intimidad.

Así, aun cuando se reconoce en el hombre la tendencia natural hacia la socialización, no por ello en un Estado Social de Derecho se puede obligar a las personas a darle publicidad a los aspectos más íntimos y propios de su proyecto de vida, pues en ciertas ocasiones los individuos prefieren el ser dejados solos, sin tener que asumir los compromisos que se derivan de vivir en sociedad.

En un contexto como el expuesto, quien acceda a la imagen de una persona y proceda a su explotación o exhibición, por ejemplo, vulnerando la intimidad de su hogar o su trabajo, no sólo estaría desconociendo el citado derecho, sino también la faceta positiva del derecho a la imagen, por virtud de la cual se faculta

No ocurre lo mismo con las personas que deciden actuar en el ámbito público, pues en relación con ellas su comportamiento puede ser captado e incluso exhibido, en algunos casos, como ya se dijo, como expresión de las exigencias de la sociabilidad humana y, en otros, como manifestación del ejercicio de las libertades de información y expresión.

Esta misma realidad se proyecta en la construcción biográfica de una persona, ya que no es lo mismo pretender dar a conocer hechos o circunstancias que han estado reservadas a la intimidad de alguien, que exhibir la biografía de quien se desempeña o se ha desempeñado en el ámbito público y que, por ello, su actuar ha sido objeto de reconocimiento o de reproche social.

En esta última hipótesis, la historia o el pasado consolidado de una persona reflejado –precisamente– en una biografía, como lo sería, por ejemplo, la exposición de la vida artística de un músico o la presentación del quehacer público de un político, hace parte de los límites del derecho a la imagen que expresan la tendencia natural del hombre hacia la socialización, siempre que su contenido se circunscriba a mostrar o a evidenciar circunstancias vividas. En efecto, en criterio de esta Corporación, se presentaría una distorsión en el citado derecho, que sería objeto de protección por la vía de la acción de tutela, cuando se falseen los hechos que identifican a una persona o cuando los mismos se muestran de forma imprecisa.

En este contexto, no podría alegarse la violación del derecho a la imagen de una persona pública, en aquellos casos en que simplemente se menciona su historia laboral o se resaltan sus aportes a la sociedad, pues es claro que nadie puede desligarse de lo vivido. Este análisis es distinto, por obvias razones, cuando de lo que se trata es de proteger su vida privada, ya que, en dichos casos, su intimidad personal o familiar, prima facie, no tiene por qué ser afectada, tocada o referida por terceros, ni utilizada para alegar algún vínculo con ella.

3.5.7. En conclusión, a pesar de no haber sido consagrado expresamente por el Constituyente, el derecho a la imagen es reconocido en el ordenamiento jurídico colombiano. Se trata de un derecho personalísimo, que surge tras una interpretación sistemática del Texto Superior, como expresión directa de la individualidad e identidad de la persona y como manifestación de la dignidad de cada ser en la búsqueda de su propia esencia. El contenido de este derecho se manifiesta a través de tres facetas, la primera es la autodefinición del sujeto a partir de sus características físicas; mientras que, la segunda y la tercera, conducen a la formación de la imagen social y a la posibilidad de decidir qué parte de ella –o de su apariencia física– será difundida y cuál permanecerá intangible. Finalmente, se trata de un derecho relativo sometido a las restricciones genéricas de los derechos fundamentales.

3.6. Caso concreto

3.6.1. Una vez determinada la procedencia de la acción de tutela, en lo que respecta a la pretensión del uso de las fotografías y la imagen social del señor Armando José Galán

Gravini, tal y como se explicó en el acápite 3.4.2 de esta providencia, entra la Sala a estudiar la prosperidad del amparo en concreto.

Para tal efecto, desde el punto de vista metodológico, esta Sala dividirá el análisis del asunto sub-judice en dos materias, en primer lugar, el uso de las fotografías por parte del señor Ricardo Alí Pérez Chávez (3.6.2) y, en segundo término, la utilización de la imagen social del actor, a través de la publicación de su biografía y reputación profesional (3.6.3).

3.6.2. En cuanto al primer punto, es claro que las imágenes fotografías en las cuales aparece el señor Armando José Galán Gravini se limitan a reflejar un contexto histórico en el cual éste aparece tocando un instrumento con otros músicos en la denominada Orquesta Pacho Galán[66], incluso algunas imágenes tienen más de 40 años. En ellas no se observa sólo al actor, siempre se le ve acompañado de otras personas que, junto con él, trabajaban en la aludida orquesta. Así, por ejemplo, son los retratos de 1962 publicados en el periódico “El Heraldó”[67] y la fotografía de 1970, en la que se menciona que en ese momento el señor Galán Gravini laboraba en la agrupación musical[68]. Lo mismo ocurre con las fotografías que se observan en la red social Facebook, en donde, en el año 1977, nunca se ve sólo al actor, sino siempre acompañado de miembros de la orquesta[69].

Como se mencionó en el acápite 3.5.5 de esta providencia, el derecho a la imagen encuentra límites en aquellos comportamientos que reflejan las exigencias propias de la sociabilidad humana. Por esta razón, en criterio de la Sala, en la medida en que dichas fotografías no pretenden resaltar cualidades o características personales del señor Galán Gravini, sino tan sólo proyectar un acontecimiento histórico ocurrido, como lo es el hecho de que hizo parte durante varios años de una agrupación musical, no puede el actor disponer que las mismas dejen de ser publicadas, pues se trata de imágenes colectivas no individuales, en donde él figura como uno más del grupo que despliega una actividad recreativa y cultural, como es la música. En conclusión, no son imágenes en las que se pretenda comprometer de la identidad del actor, son simples expresiones de una faceta de sociabilidad humana entre músicos de una orquesta.

3.6.3. En lo que respecta al segundo punto, esto es, el uso de la imagen social del actor por la utilización de su biografía, es claro que el señor Ricardo Alí Pérez Chávez la emplea para mencionar que trabajó en la orquesta y que su quehacer incidió en el desarrollo

artístico de la misma. Ello se desprende de la información que aparece expuesta debajo de las imágenes donde se encuentra el actor y del link con su nombre[70]. Lo mismo ocurre con los datos contenidos en la página social Facebook, en donde se enfatiza de forma individualizada en el aporte del actor a la Orquesta.

Sin duda, en criterio de la Sala, aun cuando el demandado hace uso de la imagen del actor, lo hace bajo la lógica de exaltar su aporte artístico y de mencionar que en el pasado laboraron juntos, pues expresamente señala que: “su aporte fue grandioso para que la orquesta Pacho Galán perdurara durante varios años”[71]. En este sentido, no sobra recordar que el señor Galán Gravini se desempeñó como músico para la orquesta que lleva el nombre de su fallecido padre, siendo designado director artístico en el año de 1997[72].

Por esta razón, a pesar de que el actor no está de acuerdo con el uso de su imagen social, sobre todo por el hecho de que la relación sostenida con dicha agrupación musical terminó en los conflictos ampliamente reseñados, a juicio de esta Corporación, es claro que su utilización por parte del señor Pérez Chávez encaja en las limitaciones derivadas de la sociabilidad humana, ya que se trata de una información cuyo sustento es su historia artística como músico, la cual ha sido objeto de reconocimiento social, sin que en ella se vislumbre falseamiento alguno. En este orden de ideas, se observa que su biografía es presentada sin modificación y destacando el hecho de que fue parte de la orquesta llamada “Orquesta Pacho Galán”.

De ahí que, en criterio de este Tribunal, no es procedente otorgar el amparo solicitado por el accionante, pues no se evidencia que la información que de él se presenta pretenda inducir a error o engañar a las personas sobre sus características o condiciones actuales de vida, pues el señor Ricardo Alí Pérez Chávez siempre habla en pasado de su aporte brindado a la agrupación.

3.6.4. A pesar de lo anterior, la Corte encuentra que es legítima la preocupación manifestada por el accionante, en torno a que se continúe creyendo, a partir del uso de su imagen, que tiene una relación con la orquesta que dirige el señor Pérez Chávez. Por ello, a pesar de que no evidencia una vulneración del citado derecho fundamental, con el fin de proscribir cualquier equivocación, se hace necesario que el juez constitucional advierta al

demandado sobre la necesidad de evitar, hacia el futuro, el uso de cualquier información que dé a entender que el señor Armando José Galán Gravini mantiene algún tipo de vínculo con la orquesta que regenta el demandado.

3.6.5. Desde esta perspectiva, la Sala confirmará el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla, con fundamento en las razones expuestas en esta providencia y con la advertencia mencionada en el punto anterior.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2012 por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Barranquilla, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- ADVERTIR al señor Ricardo Alí Pérez Chávez o a quien haga sus veces como director de la Orquesta Pacho Galán, que, en el futuro, evite hacer uso de cualquier tipo de información que dé a entender que el señor Armando José Galán Gravini, mantiene algún vínculo con la orquesta que regenta.

Tercero.- Por Secretaría General, LIBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-379/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional para resolver conflictos de tipo económico y patrimonial como es el uso de la imagen del maestro “Pacho Galán” en el mercado del entretenimiento, por cuanto accionante es sujeto de especial protección constitucional (Salvamento de voto)

DERECHO A LA IMAGEN-Derecho autónomo que puede ser lesionado con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de su titular (Salvamento de voto)

AUTORIZACION PARA USO DE LA PROPIA IMAGEN-Comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre su finalidad (Salvamento de voto)

AUTORIZACION PARA USO DE LA PROPIA IMAGEN-No le correspondía a la parte accionada continuar, sin autorización expresa para ello, la explotación comercial de la imagen del maestro “Pacho Galán”, dado que con el fallecimiento cualquier autorización culminó (Salvamento de voto)

DERECHO A LA IMAGEN-Vulneración por cuanto exposición de Fotografías o imágenes fotográficas constituye uso ilegal de su nombre e imagen (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-3.755.520

Acción de Tutela instaurada por Armando José Galán Gravini contra Ricardo Alí Pérez Chávez.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el respeto que merecen las decisiones de la Corte Constitucional, me permito presentar las razones por las cuales salvo el voto en esta oportunidad. Para ello, haré una breve referencia fáctica del asunto sometido a estudio y posteriormente expondré los motivos que me llevan a disentir de la posición mayoritaria.

1. El actor, en nombre propio y en condición de hijo del compositor colombiano Francisco “Pacho” Galán Blanco quien falleció en 1988, presentó solicitud de amparo a fin de alcanzar la protección de sus derechos fundamentales, como los de su padre, a la honra, al buen nombre, a la intimidad y a la imagen.

El accionante es una persona de 76 años de edad, que padece de Parkinson y cuadros depresivos.

Para ello aduce que el señor Ricardo Alí Pérez Chávez ha utilizado la imagen y figura de Francisco “Pacho” Galán y la del accionante, a través de portales en internet, redes sociales y portafolios de servicios. Lo anterior sin su autorización y consentimiento y sin tener en cuenta a los herederos de Pacho Galán, situación que se constituye en un uso ilegal de su imagen y la de su padre.

Ante la solicitud insistente por parte del actor tendiente a suspender la actuación descrita, el señor Pérez Chávez ha guardado silencio y en su lugar, registró el nombre comercial “Orquesta Pacho Galán” en el año 2009.

Para el actor el derecho a la imagen tiene una dimensión económica que conlleva la posibilidad de disponer de él, incluso explotándolo de manera comercial.

Por esta razón, si bien su progenitor, esto es, el maestro Pacho Galán designó al señor Alí Antonio Pérez (padre del accionado) como director de su orquesta, cualquier vínculo existente finiquitó con la muerte de su padre, por lo que sin la autorización de sus

herederos legítimos, este no puede continuar con la explotación de la imagen comercial y nombre de su padre.

En concreto, el actor solicita que se ordene publicar que su imagen y la de su padre no hacen parte del establecimiento de comercio llamado Orquesta Pacho Galán y se abstenga de utilizar la imagen y reputación del maestro Pacho Galán y que retire las imágenes, fotos, biografía o cualquier otro contenido acerca de él y de su padre.

A juicio de la Sala Tercera de Revisión, en este asunto el conflicto giró en torno al uso de las imágenes de dos artistas, en concreto el señor Armando José Galán Gravini y su fallecido padre Francisco "Pacho" Galán, por parte del señor Ricardo Alí Pérez Chávez, en las que se incluyen fotografías y su perfil social.

En orden a lo expuesto se identificaron los siguientes problemas jurídicos: (i) Procedencia de la acción de tutela; y (ii) la eventual vulneración del derecho a la imagen del accionante y de su padre, por promocionar los servicios de su orquesta haciendo uso de su nombre e imagen.

En relación con la procedencia de la acción de tutela la Sala disgregó las pretensiones invocadas por el accionante. Por una parte, se examinó lo concerniente a la protección del derecho a la imagen del actor y, por otra, aquellas relacionadas con el uso de la imagen y la reputación profesional de su padre.

En cuanto al uso de la imagen del maestro Pacho Galán, entendió la mayoría de la Sala que la acción de tutela resultaba improcedente, al entender que se trataba de una controversia económica, respecto a la cual son procedentes, no sólo las acciones por competencia desleal, sino también los mecanismos ordinarios de defensa judicial que protegen las creaciones del intelecto.

En relación con el uso de la imagen del demandante, en la decisión de la que me aparto se estableció que el actor estaba inmerso en una hipótesis de indefensión jurídica por la ausencia de medios ordinarios de defensa judicial para proteger su derecho a la imagen, no sólo por la falta de procedencia de las acciones mencionadas (acciones de protección a los derechos de autor y acciones por competencia desleal) debido a que el mismo no está interesado en participar en el mercado. Además la jurisprudencia de la Corte ha restado

eficacia a las vías de carácter penal.

Una vez determinada la procedencia la sentencia divide el análisis del caso en dos materias: (i) el uso de las fotografías por parte del accionado; y (ii) la utilización de la imagen social del actor.

En cuanto al primer aspecto, se estableció que las imágenes fotográficas no pretenden resaltar cualidades o características personales del señor Galán Gravini, sino tan solo mostrar que hizo parte durante varios años de una agrupación musical, por lo que no se puede pretender que dejen de ser publicadas, al tratarse de imágenes colectivas donde figura como uno más del grupo que despliega una actividad recreativa y cultural.

Respecto a la utilización de la imagen social del actor, encontró la mayoría de la Sala que la actuación del señor Pérez Chávez encaja en las limitaciones derivadas de la sociabilidad humana, ya que se trata de una información cuyo sustento es su historia artística como músico, la cual ha sido objeto de reconocimiento social.

2. Hecho el anterior recuento, se procede a desarrollar los aspectos en los que se basa mi divergencia. Para ello, haré alusión a: (i) estudio de procedencia de la acción de tutela; (ii) características del derecho a la imagen; y (iii) la explotación comercial de este derecho.

2.1. En cuanto al primer aspecto, se debe recordar que la acción de tutela se creó como un mecanismo subsidiario y residual para la protección efectiva de los derechos fundamentales. Así, el Decreto 2591 de 1991 estableció que la solicitud de amparo resulta improcedente cuando existen otros medios de defensa judicial, salvo que aquellos sean ineficaces frente a la protección del derecho fundamental invocado o esta se utilice como mecanismo transitorio a fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable[73]. Por tanto, le corresponde al juez constitucional analizar cada caso en particular para poder determinar si el procedimiento legal asignado es eficaz y en caso de que así sea, si se está frente a la configuración de un perjuicio irremediable, con el objetivo de alcanzar la protección de manera transitoria.

Al estudiar el presente asunto, la Sala Tercera de Revisión refirió que para la protección del uso de la imagen del maestro Pacho Galán existían otros medios de defensa judicial como lo eran las acciones por competencia desleal, así como los mecanismos ordinarios de defensa

judicial. En relación con este punto, se debe tener en cuenta que el actor pretende la protección de la explotación económica de la imagen de su padre, dada su condición de heredero y en consecuencia titular de los derechos de autor de su progenitor[74], situación que además lo faculta para autorizar o prohibir todo acto de explotación o utilización por cualquier medio de su obra artística.

En tal medida, correspondía a la Corte valorar las condiciones personales del actor en procura de la reclamación planteada. Lo anterior a partir del material probatorio obrante en el expediente, donde se constata que el accionante es una persona de 76 años de edad, quien además padece de párkinson y según lo afirma esta situación le está afectando su componente anímico, aspecto que no fue desvirtuado.

Es así como, si bien existen otros medios de defensa judicial, como lo son las acciones de competencia desleal, las mismas deben ventilarse ante un juez de circuito en un proceso abreviado, lo que implica necesariamente someter al accionante a un desgaste judicial que por su avanzada edad y estado de salud, puede terminar afectándolo.

Además, no debe perderse de vista que a pesar de la existencia de los referidos medios judiciales, ello no implica que se pueda valer de la acción de tutela para impedir la consumación de un daño actual, grave e inminente a sus derechos fundamentales, específicamente en lo que se refiere a aquellas actuaciones que terminan por desconocer la buena fe comercial y donde posiblemente se estaría presentando el uso indebido de la reputación y nombre del maestro “Pacho” Galán.

2.2. En cuanto al derecho a la imagen, en diversas oportunidades la Corte Constitucional ha abordado diversos aspectos advirtiendo que es “el derecho de toda persona al manejo de su propia imagen” y abarca “la necesidad de consentimiento para su utilización”, siendo “una expresión directa de su individualidad e identidad”. Además el derecho a la imagen constituye un derecho autónomo, que está estrechamente vinculado a la dignidad y libertad de la persona, amparados por el artículo 14 Superior[75].

También se ha sostenido que los aspectos dinámicos del derecho a la imagen, es decir las acciones de la persona dirigidas a disponer de ese derecho, “constituyen una forma de autodeterminación del sujeto y, por ende, se enmarcan dentro del ámbito de protección que depara el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16)”. Con

relación al consentimiento en particular, este Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho de toda persona al manejo de su propia imagen implica la necesidad de consentimiento para su utilización, “en especial si se la explota publicitariamente” [76]. En consecuencia, la jurisprudencia constitucional ha exigido que para el uso de la propia imagen es indispensable que medie autorización para ello, ya que de lo contrario se estaría desconociendo este derecho fundamental.

De cara al asunto bajo examen, se distinguen dos situaciones fácticas, por una parte, el uso de la imagen del maestro Pacho Galán y por la otra el uso de la imagen del demandante.

En cuanto a la primera de ellas, la sentencia debió valorar la relación jurídico comercial existente entre Francisco “Pacho” Galán y Alí Pérez Camacho –padre del accionado-, la que según el acervo probatorio relacionado en la presente decisión, culminó con la muerte del maestro Pacho Galán (1988), siendo potestad de los herederos determinar las condiciones en que se debía continuar con la explotación de su figura artística.

Entonces, si llegó a existir un acuerdo para el uso comercial de la imagen de Francisco Galán, el mismo resulta lícito, sin embargo, concluido el término del contrato y agotado el cometido del mismo, el dueño de la imagen o de la voz recupera su derecho a plenitud y, por tanto, quien la venía difundiendo queda impedido absolutamente para seguir haciéndolo, si no cuenta con el consentimiento expreso del afectado o renueva los términos de la convención pactada. En esa medida, no le correspondía a la parte accionada continuar, sin autorización expresa para ello, la explotación comercial de la imagen del maestro Pacho Galán, dado que con su fallecimiento cualquier autorización culminó, quedando en cabeza de sus descendientes y herederos permitir de manera clara y fehaciente la utilización de la figura del artista. Así, cualquier acto que desconozca este principio constituye ostensible abuso, contrario a los derechos fundamentales del titular de la imagen, que está, obviamente, sometido a la jurisdicción y competencia del juez constitucional. Por ello, la Corte debió impartir las órdenes necesarias, con miras a impedir que la violación de tales derechos se prolongue en el tiempo, mediante la explotación no consentida de la imagen del solicitante.

2.3. Respecto a la condición del señor Galán Gravini –actor-, la posición asumida por la

mayoría de la Sala encuentra una contradicción, en la medida que comienza por señalar que el uso de sus imágenes fotográficas a través de distintos medios publicitarios físicos o virtuales (portales en internet, redes sociales y portafolios de servicios), no constituye una vulneración a los derechos fundamentales del accionante, en la medida que simplemente se exalta su vida artística, sin embargo, es lógico pensar que se está generando en el conglomerado social la convicción de una relación con la orquesta que dirige el señor Pérez Chávez, lo que necesariamente termina por desconocer el derecho al uso adecuado de su imagen, máxime si se tiene en cuenta que la persona que se está valiendo de su nombre y reputación es aquella con quien viene presentando una serie de problemas de orden jurídico en orden a la explotación de su imagen.

En esa medida, al valerse de la imagen del accionante para obtener provechos económicos en ordena promover un servicio (orquesta musical) a la cual no pertenece y con cuyos manejadores tiene serias animadversiones, constituye en un uso ilegal de su nombre e imagen.

Por lo expuesto, la Corte debió amparar los derechos fundamentales invocados, no solo limitando a futuro la utilización de la imagen del actor, sino informando que no hace parte del establecimiento de comercio llamado Orquesta Pacho Galán y se abstenga de utilizar la imagen y reputación del maestro Pacho Galán.

Así dejo sentados los argumentos que me llevan a salvar el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] Cuaderno 1, folio 67

[2] Cuaderno 1, folio 2.

[4] En el expediente constan dos escritos diferentes en los que fueron plasmados los argumentos del actor. El primero es la acción de tutela y, el segundo, una contestación efectuada frente a los alegatos de la parte accionada (Cuaderno 1, folios 162 a 170). Para

efectos metodológicos, ambos serán sintetizados en este mismo acápite.

[5] Cuaderno 1, folio 162.

[6] Cuaderno 1, folio 10.

[7] Cuaderno 1, folio 11.

[8] Cuaderno 1, folio 163.

[9] Cuaderno 1, folio 164 y 165.

[10] Cuaderno 1, folio 99.

[11] Cuaderno 1, folio 99.

[12] La norma en cita dispone que: “Los derechos sobre el nombre comercial se adquieren por el primer uso sin necesidad de registro. No obstante, puede solicitarse su depósito. Si la solicitud reúne los requisitos de forma establecidos para el registro de las marcas, se ordenará la concesión del certificado de depósito y se publicará.”

[13] Cuaderno 1, folio 100.

[14] Cuaderno 1, folio 199.

[15] Cuaderno 1, folio 202.

[16] Cuaderno 1, folio 203.

[17] Cuaderno 1, folio 204.

[18] Como causales de terminación del mandato, el artículo en cita dispone que: “(...) la muerte del mandante o del mandatario”.

[19] Cuaderno 1, folio 219.

[20] Cuaderno 1, folio 229.

[21] Cuaderno 1, folio 229.

[22] Cuaderno 1, folio 58

[23] Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-442 de 2011, C-489 de 2002, T-949 de 2011 y T-921 de 2002.

[24] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[25] Sentencia T-299 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[26] Sentencia T-1319 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimmy Yepes.

[27] El numeral 4º dispone lo siguiente: “Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle 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”. Por su parte, el numeral 9º, tras la Sentencia C-134 de 1994, establece que: “Cuando la solicitud sea para tutelar [a] quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”

[28] M.P. Jaime Córdova Triviño.

[29] Sentencia T-288 de 1995.

[30] El asunto sometido a decisión era el caso de una mujer que descargó unas fotografías personales en el computador de la empresa donde trabajaba, las cuales fueron conocidas y divulgadas sin su consentimiento. Contra ella se inició un proceso disciplinario, pues se consideró que las imágenes, además de ser contrarias a las buenas costumbres, implicaban un uso ilegítimo del ordenador de la empresa. En criterio de la Corte, la acción de tutela era procedente contra un particular, por cuanto la accionante estaba en una situación de subordinación y de indefensión, en este último caso por la falta de idoneidad de las acciones penales.

[31] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[32] En esta sentencia, la Corte revisó un caso en el cual a un hombre le habían tomado

fotografías mientras sostenía relaciones íntimas con otro. Estas imágenes llegaron a manos de personas en el Bienestar familiar y en la Fiscalía General de la Nación. Como consecuencia de ello le solicitaron al accionante la renuncia a su cargo y le iniciaron una serie de pesquisas por su conducta. Esta corporación –como ya se dijo– consideró que la acción de tutela era procedente por cuanto los medios civiles de defensa judicial no resultaban idóneos. Sin embargo, denegó el amparo, ya que la publicación de las fotos no estaba probada y la sola tenencia de las mismas por parte de los entes de investigación no vulneraba necesariamente los derechos fundamentales del demandante.

[33] Sentencia T-096 de 1996. En esta providencia la Corte se pronunció sobre un caso en el cual las imágenes del parto de la accionante fueron utilizadas por fuera de los términos acordados con su médico tratante y con el periodista que dirigía un programa de televisión. Si bien la demandante había consentido el uso fílmico del alumbramiento de su hija en un homenaje a la vida, el mismo fue presentado como una comparación entre el nacimiento en familias ricas y pobres. Por su parte, el medio de comunicación demandado alegaba que se trataba de una interpretación del contenido del programa, mas no por ello podía considerarse que se lesionaban derechos fundamentales. Tras determinar que la acción de amparo era procedente por la indefensión jurídica en que se encontraba la actora, ya que ningún otro medio judicial podía satisfacer sus pretensiones, la Corte concedió el amparo, en el entendido que el uso de la imagen social, por fuera de los límites acordados, afecta los derechos fundamentales de las personas.

[34] Cuaderno 1, folio 65.

[36] Cuaderno 1, folio 20.

[37] Cuaderno 1, folios 48 a 51.

[38] M.P Rodrigo Escobar Gil.

[39] Ley 256 de 1996 “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”.

[40] Artículo 7.

[41] Ibídem.

[42] Para ilustrar lo anterior, cabe recordar que el numeral 2º del artículo 270 del Código Penal tipifica la conducta de quién “inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionado falsamente el nombre del editor o productor de una obra (...)”. Igualmente, el párrafo del mismo artículo aumenta las penas hasta la mitad si “en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho (...)”. Esto implica que, en el ámbito penal, un uso indebido de la reputación de otro podría dar lugar a la imposición de sanciones. Sin embargo, en dichas disposiciones no se tiene en cuenta el efecto que se produce en el mercado y la ilegítima ventaja competitiva adquirida por la persona que haya actuado en contra de la buena fe comercial.

[43] Al respecto, puede consultarse a GÓMEZ LEYVA, D. De las restricciones del abuso y de la deslealtad en la competencia económica”, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1998, pp. 436 y ss.

[44] Véase acápite 3.3.5.3 de esta providencia.

[45] Cuaderno 1, folio 2.

[46] Cuaderno 1, folio 10.

[47] Al respecto, se pueden examinar los artículos 242 y subsiguientes de la Ley 23 de 1982 y el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil.

[48] Cuaderno 1, folio 110.

[49] Cuaderno 1, folios 120 a 121

[50] Cuaderno 1, folio 172.

[51] Cuaderno 1, folios 45 a 47.

[52] Ibídem.

[53] Cuaderno 1, folios 124 a 129.

[54] Cuaderno 1, folio 174 y ss.

[55] No sobra recordar que, en la Sentencias T-787 de 2004, esta Corporación expuso que en tratándose de la vulneración de derechos fundamentales, tales como, el buen nombre, la intimidad, la honra y la imagen, el uso de la acción criminal, no excluye el ejercicio autónomo la acción de tutela, pues no son los mismos los objetivos que se persiguen, ni idéntica la finalidad de la sanción y, menos aún, concurrentes sus supuestos o constantes de responsabilidad. En el mismo sentido se puede consultar la Sentencia T-405 de 2007, citada en el acápite 3.3.3 de esta providencia.

[56] “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

[57] Sentencia T-090 de 1996.

[58] M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

[59] Sentencia T-405 de 2007.

[60] BLASCO GASCO, F. de P. Algunas cuestiones del Derecho a la Propia Imagen”. Texto visible en:
<http://www.derechocivil.net/esp/ALGUNAS%20CUESTIONES%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20PROPIA%20IMAGEN.pdf> (última consulta: 13.06.13)

[61] Subrayado por fuera del texto original.

[62] Ibíd.

[63] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[64] Sentencia T-066 de 1998.

[65] Sentencia T-1233 de 2001.

[66] Cuaderno 1, folios 21 y 22.

[67] Cuaderno 1, folios 132 y 133.

[68] Cuaderno 1, folios 27 a 30.

[69] Cuaderno 1, folios 38 a 43.

[70] Cuaderno 1, folios 21 y 22.

[72] Cuaderno 1, folio 116.

[73] Decreto 2591 de 1991 Artículo 6°. “Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

[74] De acuerdo con la Ley 23 de 1982, Artículo 4° son titulares de los derechos de autor “Los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares”.

[75] Ver sentencia T-787 de 2004.

[76] Cfr. sentencias T-090 de 1996 y T-471 de 1999.