

Sentencia T-407A/18

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa en defensa de sus propios intereses

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EL AFECTADO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE INDEFENSION-Lineamientos constitucionales para establecer si una persona se encuentra en estado de indefensión

En relación con el estado de indefensión, este Tribunal ha precisado que esta situación se configura cuando la persona afectada en sus derechos por la acción u omisión del particular carece de medios físicos o jurídicos de defensa, o los medios y elementos con que cuenta resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental, razón por la cual se encuentra inerme o desamparada. Así pues, ha indicado 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”. De acuerdo con lo anterior, en cada caso concreto el juez de tutela debe determinar, de conformidad con los hechos y circunstancias particulares, si una persona se encuentra frente a una situación de indefensión, con el fin de establecer la procedencia de la acción de tutela contra un particular.

ESTADO DE INDEFENSION-Configuración cuando se da la circulación de información u otro tipo de expresiones a través de medios que producen un alto impacto social que trascienden la esfera privada de quienes se ven involucrados

De manera específica, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en los casos en los que se divulga o publica información a través de medios de comunicación de alto impacto social, que trascienden la esfera privada, como es el caso de internet, y sobre las cuales el demandante o afectado no tiene control, se genera una situación de inferioridad que se enmarca en la hipótesis de un estado de indefensión.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA-Reglas generales

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA-Inaplicación cuando violación de derechos persiste en el tiempo

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y A LA INTIMIDAD FRENTE A DIVULGACION DE PRODUCCIONES AUDIOVISUALES CON CONTENIDO PORNOGRAFICO-Procedencia de la acción de tutela para su protección

La jurisprudencia constitucional ha señalado que, “en razón a la afectación a los derechos a la honra y al buen nombre que se puede causar con las publicaciones de información en medios masivos de comunicación, la acción de tutela resulta o, al menos, puede resultar, en razón de su celeridad, en el mecanismo idóneo para contener su posible afectación actual y, en principio, irreparable”, dado que en situaciones como la que se estudia, es imperiosa una intervención judicial actual e inmediata que impida que la posible vulneración a los derechos se siga prologando en el tiempo de manera indefinida, en este proceso, como consecuencia de la publicación del video grabado por la accionante. Aunado a lo anterior, el asunto objeto de estudio reviste una especial relevancia constitucional, dada la necesidad de que esta Corporación se pronuncie sobre el alcance de los derechos fundamentales a la propia imagen e intimidad en el ámbito de la industria pornográfica, análisis que, como ya se dijo, no tendría cabida en los procesos civiles o penales que pudieran iniciarse por estos hechos. Esta Sala considera que en el caso concreto los medios judiciales que tiene a su disposición la peticionaria no son idóneos y eficaces para resolver la controversia que se plantea, por lo que se justifica que el juez constitucional se pronuncie sobre el fondo del asunto, esto es, que estudie si se configura la vulneración de los derechos fundamentales de Ana. Por lo tanto, la Sala estima que no les asiste razón a los jueces de tutela de instancia al declarar la improcedencia de la acción por incumplir el requisito de subsidiariedad.

DERECHO A LA INTIMIDAD-Protección constitucional

DERECHO A LA INTIMIDAD-Alcance y contenido

El artículo 15 de la Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar, y obliga al Estado a respetar esta garantía y a hacerla respetar. Esta Corporación ha precisado que el derecho a la intimidad protege múltiples aspectos de la vida de la persona, que incluyen desde la proyección de la propia imagen,

hasta la reserva de espacios privados en los cuales el individuo realiza actividades que sólo le conciernen a él.

DERECHO A LA INTIMIDAD-Características generales

DERECHO A LA INTIMIDAD-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN-Alcance

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la propia imagen es autónomo e inherente a la persona, aun cuando puede ser lesionado de manera concurrente con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre. La jurisprudencia ha resaltado que el derecho a la propia imagen constituye una expresión directa de la individualidad e identidad de la persona, y se encuentra estrechamente vinculado a su dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

AUTORIZACION PARA USO DE LA PROPIA IMAGEN-Alcance/AUTORIZACION PARA USO DE LA PROPIA IMAGEN-Límites

En la sentencia T-634 de 2013 la Corte delimitó el alcance que tiene la autorización del uso de la imagen por parte de terceros, y precisó que la mera autorización no implica que en todos los casos se excluya la posibilidad de una vulneración al derecho fundamental a la propia imagen. Por lo tanto, los jueces constitucionales deben estudiar cada caso concreto para determinar si existe una vulneración de un derecho fundamental, incluso cuando media una autorización para el uso de la propia imagen. En este sentido, en dicha sentencia la Corte fijó los siguientes parámetros: “(i) la autorización para el uso de la propia imagen no puede implicar la renuncia definitiva del mismo; (ii) la autorización comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre las finalidades de éste; (iii) la autorización de uso de la propia imagen no puede constituir un límite absoluto al carácter necesariamente dinámico y cambiante de la autodeterminación de las personas o a su libre desarrollo de la personalidad; y (iv) la autorización de uso de la propia imagen, como expresión de un acuerdo de voluntades y de la libertad contractual en general, encuentra un límite constitucional en el respeto a los derechos fundamentales” .

AUTORIZACION PARA USO DE LA PROPIA IMAGEN-No implica la renuncia definitiva del

derecho

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

AUTORIZACION PARA USO DE LA PROPIA IMAGEN-No puede constituir un límite absoluto al carácter dinámico y cambiante de la autodeterminación de las personas y su libre desarrollo de la personalidad

AUTORIZACION PARA USO DE LA PROPIA IMAGEN-Como expresión de un acuerdo de voluntades y de libertad contractual, encuentra un límite constitucional en el respeto a los derechos fundamentales

En determinados casos las relaciones contractuales pueden dar lugar a controversias constitucionalmente relevantes que ameriten la intervención del juez de tutela, toda vez que en la suscripción o ejecución de un contrato que parte de una relación desigual pueden originarse cláusulas o tratos que pongan en tensión, de un lado, la autonomía y la libertad contractual, y del otro, los derechos fundamentales de una de las partes. Por ejemplo, los contratos de maternidad subrogada, prestación de servicios sexuales o actuación en espectáculos circenses, los cuales, si bien se refieren a cuestiones distintas a la que se debate en este caso y por tanto no entra la Corte a analizar sus particularidades, al igual que en los contratos de actuación en la industria del entretenimiento para adultos, están en juego no sólo cuestiones meramente contractuales sino la garantía de derechos fundamentales.

PERSONAS QUE ACTUAN EN LA INDUSTRIA PORNOGRAFICA-Protección a la libertad contractual y al respeto de los derechos fundamentales

CONTRATOS DE ACTUACION EN LA INDUSTRIA PORNOGRAFICA-Libertad contractual y autonomía de la voluntad

SUSCRIPCION DE CONTRATOS CUYO OBJETO SEA LA ACTUACION EN PRODUCCIONES AUDIOVISUALES DE CONTENIDO PORNOGRAFICO-Consentimiento libre e informado de la persona que es contratada, en razón al impacto en los derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y A LA INTIMIDAD-Vulneración por cuanto manifestación de la voluntad de accionante para autorizar uso de su imagen en video pornográfico no se dio mediante consentimiento libre, autónomo e informado

Esta Sala evidencia que, en el trámite contractual para la grabación de un video pornográfico, Carlos no le garantizó a Ana un consentimiento informado que permitiera asegurar una manifestación de la voluntad libre y autónoma, en tanto que no consta dentro del proceso que el accionado o su empresa le hubiera brindado la información completa, suficiente y detallada que le permitiera, de manera libre e informada, autorizar la grabación y comercialización de su imagen en un video pornográfico. En efecto, no se demostró que en el proceso contractual se le hubieran especificado a la accionante los usos y fines del video y el alcance de la comercialización de éste, así como tampoco se le garantizó un término prudencial para informarse adecuadamente sobre las consecuencias que tendría su decisión, ni se le proveyó información suficiente sobre las imágenes que serían grabadas y el valor promedio de los honorarios que se pagan por estas. Así entonces, se concluye que la ausencia de un consentimiento pleno e informado generó, por las circunstancias descritas, la vulneración de los derechos fundamentales a la propia imagen e intimidad de Ana, pues la divulgación del video pornográfico no fue debidamente autorizada por ella. Dicha transgresión de los derechos fundamentales se originó en las condiciones mismas de contratación, las cuales no hicieron posible que a la accionante se le garantizara un consentimiento no sólo libre, sino también informado, por lo que no puede el juez constitucional avalar un contrato suscrito en tales condiciones amparándose en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, principios que, si bien gozan de protección constitucional, tienen como uno de sus límites el respeto de los derechos fundamentales. Esta situación, además, implicó el desconocimiento de garantías propias del régimen de derechos de autor y derechos conexos, ya que la accionante, como actriz del video en mención, tenía el derecho de autorizar su divulgación y comercialización, tal como lo establecen las normas de la Ley 23 de 1982 y la Decisión 351 de la Comunidad Andina, antes citadas. Por tanto, la ausencia de una genuina autorización genera, no sólo la violación de los derechos fundamentales a los que se ha hecho referencia a lo largo de esta sentencia, sino también la transgresión de los derechos que tiene Ana como intérprete de una producción audiovisual.

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y A LA INTIMIDAD-Orden de retirar video pornográfico

grabado por accionante de las páginas de internet que el accionado o su empresa sean propietarios o administradores y abstenerse en el futuro de publicarlo, distribuirlo o comercializarlo por cualquier medio

Referencia.: Expediente T-6250337

Acción de tutela instaurada por Ana contra Carlos y otros[1]

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela adoptados por los correspondientes jueces de instancia, que resolvieron la acción de tutela interpuesta por Ana contra Carlos y los propietarios de dos páginas web.

I. ANTECEDENTES

La acción de tutela objeto de pronunciamiento fue fallada, en primera instancia, por el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín; y, en segunda instancia, por el Juzgado Quince Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, fue objeto de insistencia[2], seleccionada para revisión y repartida a esta Sala[3]. A continuación se exponen los hechos relevantes y las decisiones de instancia.

1. Hechos y solicitud

Ana interpuso acción de tutela en contra de Carlos y los propietarios de dos páginas web

por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la propia imagen, a la intimidad y al buen nombre, toda vez que Carlos divulgó sin su autorización un video pornográfico que ella había grabado con la Empresa de videos, propiedad de Carlos, el cual está circulando en diversas páginas de internet.

1.1. La accionante, Ana, es madre soltera y asegura que trabaja como modelo haciendo fotografías de publicidad. En el año 2010, cuando Ana tenía 26 años de edad, realizó dos pruebas de casting en la Empresa de videos, propiedad de Carlos, la cual se dedica a la producción de videos pornográficos. En el primer casting se realizó una sesión de fotos en ropa interior, mientras que en el segundo la accionante grabó un video pornográfico. Indica que sólo recibió \$200.000 por el primer casting.

1.2. La accionante señala que después de haberse grabado el mencionado video pornográfico, firmó un contrato en inglés con Carlos. Al respecto señaló en la acción de tutela: “el contrato estaba en inglés, pero el acuerdo con el señor Carlos según lo que él me dijo, era que lo que se filmó será solo un casting y que no lo iban a difundir, y por eso no me pagaban, pero que luego me llamaban para filmar videos porno”.

1.4. El 12 de febrero de 2015 la accionante interpuso denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación por estos hechos[4], sin embargo, hasta la fecha de interposición de la tutela no había obtenido ningún pronunciamiento.

1.5. Con base en los mencionados hechos, el 22 de febrero de 2017 Ana presentó acción de tutela por la vulneración de sus derechos a la propia imagen, intimidad y buen nombre. Indicó la accionante: “nunca he dado autorización para que circule este video donde aparezco, y claramente se puede anticipar que el señor Carlos comercializó mi video sin mi consentimiento”. En consecuencia, solicitó se ordenara a Carlos y a los propietarios de las demás páginas de internet en las que aparecen fotos o videos suyos, retirar todos los contenidos relacionados con su imagen, además de que en lo sucesivo se abstuvieran de publicar videos o fotos suyas[5].

2. Respuesta de los accionados

2.1. Carlos señaló que el 3 de noviembre de 2009 Ana realizó una actuación en un video pornográfico para la Empresa de videos, la cual es de su propiedad. Indicó que para su

grabación se firmó un contrato y se realizó un acuerdo de forma verbal, por lo que, señaló: “se vendió la escena en modo no exclusivo a otra empresa para su comercialización, basado en la negociación con Ana el día de la escena, tenemos todos los derechos de propiedad del contenido que grabamos ese día”. Aseguró también que a Ana se le pagó una suma de \$250.000 por sus servicios actorales. Finalmente, indicó que no es el propietario de las dos páginas web que también fueron demandas y no le ha suministrado ningún tipo de material a estas[6].

2.2. Los propietarios de las dos páginas web demandadas fueron vinculados a la acción de tutela mediante comunicación enviada por el juez de tutela de primera instancia a través del buzón de mensajes de las respectivas páginas web, sin embargo, no dieron respuesta a la acción de tutela[7].

3. Decisiones de instancia en el trámite de la acción de tutela

3.1. Decisión de primera instancia

El 7 de marzo de 2017, el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín profirió Sentencia de primera instancia en la que negó el amparo de los derechos fundamentales de Ana. Adujo que “si lo que pretenden la actora es demostrar el incumplimiento de un contrato existente entre las partes, para ello tiene la jurisdicción ordinaria, donde dentro de un debido proceso, con plenitud de garantías para las partes pueden debatir el asunto”. Además, señaló que la acción de tutela carecía de inmediatez, ya que habían pasado más de 6 años desde que la accionante se enteró de la circulación en internet del video que había grabado[8].

La accionante impugnó la sentencia de tutela de primera instancia. Argumentó que el juez de tutela no analizó el derecho fundamental al manejo de la propia imagen, por lo que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, sin importar la existencia o no de un contrato, las personas pueden decidir hasta cuando permiten que su imagen sea explotada por terceros. En consecuencia, solicitó se revocara la Sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín y, en su lugar, se accediera a sus pretensiones[9].

3.2. Decisión de segunda instancia

El 20 de abril de 2017 el Juzgado Quince Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín confirmó la Sentencia de primera instancia. Reiteró que la acción de tutela no cumplía con el requisito de procedibilidad atinente a la inmediatez, además, este no era el mecanismo para resolver la controversia planteada, pues, aunque “se denota que podría existir un cumplimiento al contrato, no es por esta vía la llamada a prosperar tal pretensión, pues debe acudir a la Jurisdicción Ordinaria”. [10]

4. Actuaciones surtidas en sede de revisión

4.1. Mediante Auto del 5 de octubre de 2017 la Magistrada Sustanciadora solicitó, por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, a Carlos, que en el término de dos días siguientes a la notificación de dicha providencia, remitiera a este Despacho copia del contrato firmado entre la Empresa de videos y Ana. Una vez vencido el término concedido, la Secretaría General de esta Corporación informó que no se había recibido respuesta alguna, por lo que a través de Auto del 27 de noviembre de 2017 se requirió nuevamente a Carlos para que allegara copia del referido contrato y se decidió suspender los términos para fallar, con el fin de recaudar y evaluar debidamente las pruebas decretadas.

4.2. En respuesta a los mencionados autos, Carlos remitió un escrito a esta Corporación en el que explicó que no tenían copia del contrato porque este se había deteriorado por la humedad. Sin embargo, explicó que la empresa productora de la que es propietario no tiene en la actualidad en ninguna de sus páginas web el video grabado por Ana, y este sólo se encuentra publicado en algunos sitios de piratería en internet. Explicó también que el video se vendió una vez a una página web española que ya dejó de existir. Señaló además que, “anexo a la copia en inglés del contrato, también se anexó una copia en español. El documento en inglés era la Ley 2257 de Estados Unidos de certificación de mayoría de edad, un procedimiento que se realiza en toda la industria del cine adulto mundial”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 a 36 del

Decreto Ley 2591 de 1991, y en virtud del Auto del veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Selección Número Ocho, que escogió el expediente para revisión.

2. Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela promovida por Ana

2.1. Antes de examinar el fondo del asunto objeto de estudio, es preciso que esta Sala analice la procedencia de la acción de tutela interpuesta por Ana contra Carlos y los propietarios de las dos páginas web demandadas.

2.2. La tutela puede ser interpuesta por Ana contra Carlos y los propietarios de las dos páginas web demandadas

2.2.1. Ana puede interponer la acción de tutela objeto de análisis (legitimación por activa), por cuanto es una ciudadana, actuando en nombre propio, que alega la vulneración de sus derechos fundamentales[11]. Así mismo, la acción de tutela resulta procedente contra Carlos y los propietarios de las dos páginas web demandadas (legitimación por pasiva), dado que la accionante se encuentra en una situación en indefensión respecto de los accionados[12], tal como se explicará a continuación.

2.2.2. En relación con el estado de indefensión, este Tribunal ha precisado que esta situación se configura cuando la persona afectada en sus derechos por la acción u omisión del particular carece de medios físicos o jurídicos de defensa, o los medios y elementos con que cuenta resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental, razón por la cual se encuentra inerme o desamparada[13]. Así pues, ha indicado 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”[14]. De acuerdo con lo anterior, en cada caso concreto el juez de tutela debe determinar, de conformidad con los hechos y circunstancias particulares, si una persona se encuentra frente a una situación de indefensión, con el fin de establecer la procedencia de la acción de tutela contra un particular[15]. Ahora bien, de manera específica, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en los casos en los que se divulga o publica información a través de medios de comunicación de alto impacto

social, que trascienden la esfera privada, como es el caso de internet, y sobre las cuales el demandante o afectado no tiene control, se genera una situación de inferioridad que se enmarca en la hipótesis de un estado de indefensión[16].

2.2.3. En el asunto que se estudia encuentra esta Sala que se configura una situación fáctica de indefensión, debido a que Carlos y su empresa, Empresa de videos, así como los propietarios de las dos páginas web demandadas, tienen un poder amplio de disposición, difusión y comercialización sobre el video pornográfico grabado por la actora. Además, Ana se encuentra imposibilitada para contrarrestar de forma actual y oportuna la posible vulneración de sus derechos, derivada de la publicación de tal video en varias páginas de internet. Por lo anterior, la tutela procede en este caso en contra de un particular, dado que la demandante se encuentra en un estado de indefensión respecto de los demandados.

2.3. La tutela cumple el requisito de inmediatez

2.3.1. En el presente caso los jueces de instancia consideraron que la acción de tutela carecía de inmediatez, dado que la accionante se enteró en el año 2011 que el video pornográfico en el que actuaba había sido publicado en varias páginas de internet, y sólo hasta el año 2017, esto es, 6 años después, interpuso la presente tutela.

2.3.2. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno desde el momento en que ocurrió la acción u omisión que origina la violación o amenaza de los derechos fundamentales que se alega, pues de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de esta acción, esto es, el de proporcionar una protección urgente o inmediata a los derechos fundamentales cuando estén siendo vulnerados o amenazados. Es por esto que la Corte ha insistido en la importancia del presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la tutela, con el fin de evitar que se emplee como una herramienta que premie la desidia o negligencia de los actores, o que se convierta en un factor de inseguridad jurídica[17]. Por otra parte, ha indicado la jurisprudencia de esta Corte que en algunos casos no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, entre otras circunstancias, cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la

presentación de la tutela, la situación es continua y actual.[18]

2.3.3. Si bien es cierto en el presente caso la acción de tutela se interpuso varios años después de que el video pornográfico fuera publicado, lo que puede afectar la protección integral y efectiva de los derechos fundamentales de la accionante, dado que Carlos perdió el control pleno de dicho video y algunos de los remedios constitucionales que podrían plantearse en este escenario resultarían de imposible cumplimiento, esta Sala considera que el caso bajo estudio hay dos razones para entender cumplida la inmediatez. En primer lugar, el presente caso se enmarca en uno de los supuestos en los que el requisito de inmediatez no es exigible de manera estricta, a saber: cuando la vulneración es permanente en el tiempo. En efecto, la accionante manifiesta que sus derechos fundamentales se vulneraron porque el accionado, sin su autorización, publicó y difundió en varias páginas de internet el video pornográfico que ella había grabado. En esta medida, la Sala encuentra que la presunta transgresión de los derechos fundamentales es actual, pues el hecho que lo originó no ha sido superado, ya que el video no ha sido removido de internet, por lo que la violación de los derechos de la actora es continua. En segundo lugar, se advierte que la peticionaria ha ejercido acciones encaminadas a remediar la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales, pues como se reseñó anteriormente, Ana interpuso una denuncia penal el 12 de febrero de 2015 en contra de Carlos por estos mismos hechos, sin que hasta la fecha hubiera obtenido alguna respuesta. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la accionante ha acudido a la justicia en busca de protección a su intimidad, por lo que presentarse nuevamente en una instancia judicial a través de una acción de tutela, luego de no haber obtenido una respuesta oportuna en la jurisdicción penal, pudo ser una decisión difícil de tomar para la accionante dadas las particulares circunstancias de su caso, que involucran precisamente la pretensión de salvaguardar su privacidad ante la exposición de su propia imagen en un video del que afirma no consintió su publicación. Por lo tanto, en el presente caso se entiende superado el requisito de procedencia atinente a la inmediatez.

2.4. La tutela es procedente también por cuanto no hay un medio de defensa alternativo idóneo y eficaz

2.4.1. Los jueces de tutela de instancia consideraron que la accionante tenía otros medios de defensa judicial, en concreto, señalaron que debía acudir a la jurisdicción ordinaria para

demostrar el incumplimiento del contrato por parte de Carlos.

2.4.3. Al respecto, en casos similares la jurisprudencia constitucional ha señalado que, “en razón a la afectación a los derechos a la honra y al buen nombre que se puede causar con las publicaciones de información en medios masivos de comunicación, la acción de tutela resulta o, al menos, puede resultar, en razón de su celeridad, en el mecanismo idóneo para contener su posible afectación actual y, en principio, irreparable”[19], dado que en situaciones como la que se estudia, es imperiosa una intervención judicial actual e inmediata que impida que la posible vulneración a los derechos se siga prologando en el tiempo de manera indefinida, en este proceso, como consecuencia de la publicación del video grabado por la accionante.

2.4.4. Aunado a lo anterior, el asunto objeto de estudio reviste una especial relevancia constitucional, dada la necesidad de que esta Corporación se pronuncie sobre el alcance de los derechos fundamentales a la propia imagen e intimidad en el ámbito de la industria pornográfica, análisis que, como ya se dijo, no tendría cabida en los procesos civiles o penales que pudieran iniciarse por estos hechos.

2.4.5. Esta Sala considera que en el caso concreto los medios judiciales que tiene a su disposición la peticionaria no son idóneos y eficaces para resolver la controversia que se plantea, por lo que se justifica que el juez constitucional se pronuncie sobre el fondo del asunto, esto es, que estudie si se configura la vulneración de los derechos fundamentales de Ana. Por lo tanto, la Sala estima que no les asiste razón a los jueces de tutela de instancia al declarar la improcedencia de la acción por incumplir el requisito de subsidiariedad.

3. Problema jurídico

En el caso bajo estudio la accionante señala que Carlos difundió a través de varias páginas de internet un video pornográfico que ella había grabado con la Empresa de videos del accionado, el cual correspondía a una prueba de casting. Alega que nunca autorizó la difusión de dicho video. Por lo tanto, esta Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿Vulnera una persona los derechos fundamentales de otra, a la propia imagen y a la intimidad, al difundir sin su autorización, según lo afirma la demandante, un video pornográfico en el que ella aparece, grabado por el demandando o por una empresa a la

que se encuentra vinculado, luego de un acuerdo verbal y posteriormente, según dice el accionado, por escrito?

Para resolver este problema jurídico, es necesario referirse en primer término a la jurisprudencia constitucional sobre los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

4. Aspectos básicos del derecho a la intimidad. Reiteración de jurisprudencia

A continuación se resaltarán algunos aspectos centrales del derecho a la intimidad, identificados por la jurisprudencia constitucional, que se consideran importantes para abordar el análisis del presente caso.

4.1. El artículo 15 de la Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar, y obliga al Estado a respetar esta garantía y a hacerla respetar. Esta Corporación ha precisado que el derecho a la intimidad protege múltiples aspectos de la vida de la persona, que incluyen desde la proyección de la propia imagen, hasta la reserva de espacios privados en los cuales el individuo realiza actividades que sólo le conciernen a él. En efecto, desde sus primeros pronunciamientos la Corte ha sostenido:

“(…) constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo “comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación” que éstos tienen de aquel”[20]

4.2. Así entonces, a partir de los diversos aspectos que abarca el derecho a la intimidad, la Corte ha considerado que este se presenta en distintos grados, a saber: (i) personal, (ii) familiar, (iii) social y (iv) gremial[21]. Por tanto, puede afirmarse que el derecho a la intimidad está instituido para garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal, familiar, social y gremial, lo que implica una abstención por parte del Estado o de terceros de intervenir injustificada o arbitrariamente en dicho ámbito.

4.3. Lo anterior comprende de manera particular la protección de la persona frente a la

divulgación no autorizada de los asuntos relacionados a ese espacio de privacidad[22]. Este último aspecto ha sido considerado por la Corte como parte del principio de libertad que fundamenta el derecho en cuestión. En efecto, se ha señalado que el derecho a la intimidad está sustentado en cinco principios que aseguran la inmunidad del individuo frente a la innecesaria injerencia de los demás:

(i) El principio de libertad, de acuerdo con el cual el registro o divulgación de los datos personales de una persona requiere de su consentimiento libre, previo, expreso o tácito o que el ordenamiento jurídico imponga una obligación de relevar dicha información con el fin de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo.

(ii) El principio de finalidad, el cual exige que la recopilación y divulgación de datos de una persona atienda a una finalidad constitucionalmente legítima.

(iii) El principio de necesidad, de acuerdo con el cual la información personal que tenga que divulgarse debe tener una relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación.

(iv) El principio de veracidad, el cual exige que los datos personales que puedan divulgarse correspondan a situaciones reales.

(v) El principio de integridad, que exige que la información que se divulga se presente de manera completa[23].

4.4. La Corte ha establecido entonces que el derecho a la intimidad constituye un área restringida que “solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley”[24]. Por ejemplo, en sentencia T-233 de 2007[25], al estudiarse un caso en el que una grabación anterior a un proceso penal contra el accionante quiso hacerse valer en su contra dentro de dicho proceso, la Corte señaló que la prueba había sido obtenida con violación del derecho a la intimidad porque la grabación no fue autorizada por el actor, por lo que precisó:

“(…) las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad

personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto”[26].

4.5. Ahora bien, una vez establecidos algunos aspectos básicos del derecho a la intimidad a la luz de la jurisprudencia constitucional, debe analizarse en este punto el derecho a la propia imagen y las características y alcances que esta Corte le ha fijado.

5. El derecho a la propia imagen en la jurisprudencia constitucional

5.1. La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la propia imagen es autónomo e inherente a la persona, aun cuando puede ser lesionado de manera concurrente con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre. La jurisprudencia ha resaltado que el derecho a la propia imagen constituye una expresión directa de la individualidad e identidad de la persona, y se encuentra estrechamente vinculado a su dignidad y libre desarrollo de la personalidad[27].

Para la Corte, “una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que la identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación de terceros”[28]. Por ende, se ha reiterado que es necesario el consentimiento del titular de la imagen para que terceras personas puedan hacer uso de esta, es decir, publicarla, exponerla, reproducirla o comercializarla de manera libre.

5.2. En cuanto al alcance de la autorización a terceros para difundir la imagen de una persona con fines comerciales en el marco de una relación contractual, la Corte ha precisado que dicha autorización no puede entenderse como una renuncia al derecho a la propia imagen. En este sentido se ha indicado:

“[C]uando en virtud de un contrato se permite la explotación comercial de la imagen o de la voz de una persona, en ejercicio de una actividad profesional (modelos, actores y locutores, por ejemplo), la utilización que se haga de aquéllas es lícita. Pero, una vez 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.

5.3. Ahora bien, en la sentencia T-634 de 2013 la Corte delimitó el alcance que tiene la autorización del uso de la imagen por parte de terceros, y precisó que la mera autorización no implica que en todos los casos se excluya la posibilidad de una vulneración al derecho fundamental a la propia imagen. Por lo tanto, los jueces constitucionales deben estudiar cada caso concreto para determinar si existe una vulneración de un derecho fundamental, incluso cuando media una autorización para el uso de la propia imagen. En este sentido, en dicha sentencia la Corte fijó los siguientes parámetros:

“(i) la autorización para el uso de la propia imagen no puede implicar la renuncia definitiva del mismo; (ii) la autorización comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre las finalidades de éste; (iii) la autorización de uso de la propia imagen no puede constituir un límite absoluto al carácter necesariamente dinámico y cambiante de la autodeterminación de las personas o a su libre desarrollo de la personalidad; y (iv) la autorización de uso de la propia imagen, como expresión de un acuerdo de voluntades y de la libertad contractual en general, encuentra un límite constitucional en el respeto a los derechos fundamentales” [30].

Sobre el primer parámetro, la Corte sostuvo que existe un contenido conceptual básico de los derechos fundamentales que es irrenunciable frente a terceros, por lo que, aunque haya un acuerdo de voluntades o una relación contractual, resulta desproporcionado imponer a la persona, cuyas imágenes están siendo usadas, la imposibilidad absoluta de recobrarlas por el solo hecho de que existe una autorización indeterminada de su uso. En cuanto al segundo límite, se explicó que resultan contrarios a los derechos fundamentales aquellos usos de la imagen de una persona, así como las finalidades de este uso, que no correspondan a los que fueron objeto de autorización. En relación con el tercer criterio, indicó la Corte que la protección constitucional a la propia imagen no puede entenderse como un amparo a la identidad del sujeto concebida en términos estáticos, sino que, en armonía con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la disponibilidad de la propia imagen exige la posibilidad de decidir sobre su cambio o modificación. Finalmente, sobre el cuarto

parámetro, la Corte reiteró que la iniciativa privada está sujeta a la protección de los derechos fundamentales.

5.4. Ahora bien, dado que en el caso que se analiza, tanto la accionante como el accionado aceptan haber realizado un acuerdo verbal y, posteriormente, la firma de un contrato para la grabación del video pornográfico en el que actuó Ana, es necesario que esta Sala aborde el análisis relativo a la acción de tutela para reclamar la protección de derechos fundamentales en controversias contractuales.

6. Aspectos básicos de la acción de tutela en controversias contractuales

6.1. Al igual que todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, el tema contractual no es ajeno a las garantías y libertades constitucionales. En efecto, la Constitución Política irradia también el derecho privado, y por ende, las relaciones contractuales. Por lo tanto, aun cuando los contratos entre particulares se rigen por la autonomía de la voluntad y son ley para las partes, las disposiciones constitucionales son parámetros para la celebración, interpretación, ejecución y terminación de los contratos. El texto constitucional consagra algunos principios rectores en materia contractual, como por ejemplo, la autonomía de la voluntad privada (Art. 333 C.P.) y la buena fe (Art. 83 C.P.). No obstante, para la interpretación de las normas contractuales y de los contratos mismos se deben tener en cuenta no sólo los principios constitucionales específicos que rigen esta actividad, sino todo el texto constitucional en su conjunto. En efecto, el juez al estudiar un conflicto que involucre un tema contractual, debe interpretar tanto las normas como las cláusulas del contrato en armonía con la Constitución Política[31].

6.2. Sobre este último ámbito de influencia, la jurisprudencia constitucional ha precisado que “la Carta Política tiene una capacidad de irradiación sobre la interpretación de las leyes y de los contratos celebrados por los particulares (...). En consecuencia, la celebración, interpretación, ejecución y terminación de los contratos no puede conducir a una arbitrariedad por parte de uno de los signatarios del negocio jurídico, máxime cuando con el incumplimiento del mismo se afecta un derecho fundamental”[32].

6.3. Por ende, teniendo presente que las relaciones contractuales no escapan a la órbita de influencia de la Constitución Política, no puede descartarse de plano la acción de tutela para examinar controversias relacionadas con asuntos contractuales. Si bien en principio la

jurisdicción ordinaria es la competente para dirimir estos conflictos, cuando en el marco de ellos estén en juego derechos fundamentales o garantías constitucionales, el juez de tutela debe apreciar y valorar estas circunstancias para determinar la procedencia de la acción en el caso concreto.

6.4. En la Sentencia T-222 de 2004[33] se precisó que el grado de intervención del juez constitucional en asuntos contractuales depende de la manera en que se presente la violación de los derechos fundamentales, pues si esta se genera de manera directa por alguna de las cláusulas contractuales se debe admitir una intervención más intensa, pero si es el ordinario cumplimiento del contrato el que origina consecuencias inconstitucionales, la intensidad disminuye y la carga probatoria y argumentativa exigible al demandante aumenta. Así mismo, se resalta que en las condiciones de contratación es donde con mayor intensidad se admite la intervención del juez de tutela. Al respecto se indicó en dicha sentencia:

“La efectiva protección de la libertad de contratación demanda que las personas tengan claros los límites a su ejercicio. Sólo de esta manera es posible que el ejercicio de esta libertad se despliegue con todo el vigor que le es propio. De ahí que la intervención del juez constitucional se admita con mayor intensidad para controlar las condiciones de contratación, pues con ello se logran mayores niveles de certeza sobre los mencionados límites. Por el contrario, el control sobre las consecuencias de los contratos o sobre dificultades que se originan en su cumplimiento, la efectividad de la libertad contractual depende de la seguridad jurídica que el sistema otorga al cumplimiento de los contratos. Así, el balance, en este punto, supone que en principio ha de privilegiarse la estabilidad jurídica del contrato”.

6.5. En el mismo sentido, en la Sentencia T-676 de 2016[34] la Corte precisó que la relevancia específica de las normas constitucionales para resolver asuntos que se rigen por la libre iniciativa privada se intensifica cuando el vínculo contractual parte de una relación desigual y están en juego derechos de gran trascendencia constitucional. Al respecto se indicó:

“En síntesis, con el fin de determinar si una controversia de derecho privado se debe resolver a partir de las normas que consagran los derechos fundamentales -relevancia

constitucional directa o específica- se debe adelantar un juicio doble, en el que resulta relevante (i) establecer el grado de igualdad o desigualdad de los sujetos cuya disputa se somete al juez de tutela y (ii) determinar la importancia constitucional de los bienes, derechos, pretensiones, expectativas o intereses en juego. Cuando se acentúan los rasgos igualitarios de la relación y es reducida la trascendencia constitucional de lo que se encuentra en juego, la relevancia de la Carta es apenas genérica y la pertinencia de las otras fuentes formales se intensifica. Cuando las variables operan en la dirección opuesta la relevancia directa de la Carta se incrementa”.

6.6. En suma, en determinados casos las relaciones contractuales pueden dar lugar a controversias constitucionalmente relevantes que ameriten la intervención del juez de tutela, toda vez que en la suscripción o ejecución de un contrato que parte de una relación desigual pueden originarse cláusulas o tratos que pongan en tensión, de un lado, la autonomía y la libertad contractual, y del otro, los derechos fundamentales de una de las partes. Por ejemplo, los contratos de maternidad subrogada[35], prestación de servicios sexuales[36] o actuación en espectáculos circenses[37], los cuales, si bien se refieren a cuestiones distintas a la que se debate en este caso y por tanto no entra la Corte a analizar sus particularidades, al igual que en los contratos de actuación en la industria del entretenimiento para adultos, están en juego no sólo cuestiones meramente contractuales sino la garantía de derechos fundamentales.

6.6. Ahora bien, una vez admitido que en determinados escenarios el juez constitucional debe intervenir en una relación contractual, ya que pueden estar en juego derechos fundamentales, debe analizar de qué manera estos derechos limitan la actividad contractual en el marco de un contrato de actuación en la industria pornográfica.

7. Protección a la libertad contractual y al respeto de los derechos fundamentales de personas que actúan en la industria pornográfica. Aspectos básicos

7.1. La libertad contractual en un Estado Social de Derecho

7.1.1. Los principios de autonomía y libertad de las personas, que se desprenden del artículo 16 constitucional, el cual consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, son el fundamento bajo el cual se estructura la libertad contractual, principio que tiene su desarrollo legal en el artículo 1602 del Código Civil, norma que establece: “Los contratos

son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Por su parte, la Constitución Política en su artículo 333 otorga el sustento constitucional a la libertad contractual y al principio de la autonomía privada al señalar que "la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común".

7.1.2. La jurisprudencia constitucional ha reseñado la transformación histórica de la libertad contractual, asociada al paso del Estado liberal clásico al Estado Social de Derecho. Así, mientras que en el primero se reconocía la autonomía de la voluntad de las partes con límites difusos, inciertos y extrajurídicos, como la moralidad pública y las buenas costumbres, y se presuponía que las partes se encontraban en una situación de igualdad negocial; en el segundo, el Estado tiene un poder de intervención sobre la libertad contractual de los particulares para imponer límites y restricciones fundados en la protección de los derechos fundamentales, en especial de las partes débiles de la negociación, y del interés general[38].

7.1.3. Respecto a los límites que afectan a la autonomía privada en un Estado Social y de Derecho, sostuvo la Corte en sentencia SU-157 de 1999[39]: "La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas".

7.1.4. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha precisado recientemente que, bajo la Constitución de 1991, la autonomía privada no podía entenderse como un poder absoluto, por lo que señaló:

"En coherencia, el postulado axiomático inherente a la relatividad de los derechos, libertades y garantías, el orden, regularidad, solidaridad social, seguridad, buena fe, dignidad, respeto y simetría de trato, descarta la autonomía privada como poder libérrimo, ad libitum, absoluto, en blanco o ilimitado, y su ejercicio ab initio sometido a elementales cauces u orientaciones propias a su reconocimiento, utilidad o función, es limitado, en veces

atenuado o ausente ya por ius cogens, orden público, normas imperativas, ora por moralidad, ética colectiva o buenas costumbres (artículos 15 y 16, Código Civil), bien en atención a la naturaleza y tutela de ciertos sujetos o intereses, ora por la ineludible solidaridad”[40].

7.1.5. Por ende, con fundamento en los principios y valores constitucionales, actualmente la autonomía de la voluntad se manifiesta de la siguiente manera:

“(i) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes”[41].

7.1.6. De lo anterior se concluye que, si bien el principio de la autonomía de la voluntad, y la libertad contractual que de allí se desprende, siguen rigiendo las relaciones contractuales entre privados, bajo los postulados de la Constitución de 1991 dicha autonomía encuentra límites, entre otros, en la garantía de los derechos fundamentales, por lo que no es aceptable constitucionalmente que, amparándose en la autonomía de la voluntad, se vulneren los derechos fundamentales de una de las partes durante la celebración, ejecución o terminación de un contrato.

7.2. La libertad contractual y la autonomía de la voluntad en contratos de actuación en la industria pornográfica

7.2.1. En primer término debe señalarse que las producciones audiovisuales pornográficas están protegidas por los derechos de autor si son originales y susceptibles de reproducción, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 23 de 1982,[42] “Sobre derechos de autor”, y los artículos 1º[43] y 4º[44] de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, relativa a los derechos de autor y conexos. De igual manera, de acuerdo al régimen de derechos de autor, los actores que participan en este tipo de producciones tienen derechos morales

sobre sus propias contribuciones. Al respecto, el artículo 99 de la Ley 23 de 1982 señala: “El director o realizador de la obra cinematográfica es el titular de los derechos morales de la misma, sin perjuicio de los que corresponden a los diversos autores, artistas, intérpretes o ejecutantes que hayan intervenido en ella, con respecto a sus propias contribuciones”. En consecuencia, los actores tienen una serie de derechos conexos sobre sus interpretaciones, dentro de los que se destaca el “derecho de autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión, o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones” (Art. 166 de la Ley 23 de 1982), por lo que se prohíbe cualquier uso y difusión de las imágenes que no esté debidamente autorizado.[45]

7.2.2. Ahora bien, aunque la industria del entretenimiento para adultos no se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, esta Corte reconoce las tensiones y retos que este tema implica para un Estado social de derecho, alrededor del cual se han generado amplios debates que involucran distintas miradas sobre este fenómeno y que encuentran diferentes posturas[46]. Por ejemplo, las corrientes feministas anti-pornografía abogan por legislaciones prohibicionistas en la materia, pues consideran que la pornografía es una forma de discriminación y de violencia en contra de las mujeres que perpetúa su subordinación y la dominación masculina al tratarlas como simples objetos sexuales[47]. Por el contrario, las posturas feministas que se oponen a la prohibición o limitación de la pornografía, se fundamentan en la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo, y argumentan que el movimiento anti-pornografía establece un nuevo código sexual que impone valores tradicionales y señala un único modelo de mujer y de “sexualidad políticamente correcta”, estigmatizando a las mujeres que se salgan de este molde[48]. Estas últimas posiciones han inspirado en años recientes, la denominada “pornografía feminista”, en la cual el material pornográfico es hecho por mujeres y se enfoca en retratar la sexualidad desde la mirada femenina con el objeto de no seguir reproduciendo los estereotipos sexuales que se presentan en la pornografía hecha por y para hombres[49].

7.2.3. La Corte además advierte que en el negocio de la pornografía existen diversos ámbitos y escenarios en los que pueden estar en juego múltiples derechos fundamentales. Tales son las discusiones, por ejemplo, sobre la difusión, y exhibición de contenido pornográfico,[50] el alcance del consentimiento de los actores para grabar escenas con las

que no estén de acuerdo;[51] la regulación de la pornografía que involucra “violencia extrema”;^[52] el acceso a contenidos “obscenos” disponibles en internet;^[53] las condiciones laborales de los actores de esta industria;^[54] discusiones sobre sátiras y parodias de contenido pornográfico;^[55] entre muchos otros temas.

7.2.4. De estas múltiples discusiones y tensiones en relación con la industria de la pornografía, a la Corte le corresponde en el presente caso abordar el análisis del ejercicio libre e informado de la voluntad de una persona para autorizar a terceros el uso de su imagen en contenidos pornográficos. Como se indicó en la descripción de los hechos que dan lugar al caso, buena parte de la controversia gira en torno a si se dio o no una manifestación de voluntad, un consentimiento libre y autónomo, con relación a la actividad que se realizaba. Por lo tanto, teniendo claro que el juez constitucional puede intervenir en debates contractuales cuando estén en juego derechos fundamentales, pues estos se constituyen en un límite para el ejercicio de la libertad contractual, considera esta Sala que los contratos de actuación en la industria pornográfica pueden, eventualmente, presentar controversias en torno a la garantía de derechos fundamentales como la propia imagen o la intimidad, por lo que la autonomía de la voluntad y la libertad contractual encuentra allí unos límites que no pueden pasar desapercibidos para el juez constitucional. Así pues, corresponde a la Sala establecer las condiciones mínimas que, bajo el orden constitucional vigente, debe tener el consentimiento de una persona para autorizar a terceros el uso de su imagen en contenidos audiovisuales pornográficos.

8. La suscripción de contratos cuyo objeto sea la actuación en producciones audiovisuales de contenido pornográfico implica el consentimiento libre e informado por parte de la persona que es contratada, toda vez que estos contratos tienen un impacto en los derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad

8.1. El consentimiento libre e informado hace parte del derecho a recibir información, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política,^[56] y materializa a su vez otros principios y derechos constitucionales, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad individual^[57]. La jurisprudencia constitucional ha desarrollado este concepto en casos en los cuales, por algún determinado aspecto, se ha de proteger

especialmente la autonomía y la libertad del consentimiento que otorga una persona en un evento específico. Por ejemplo, en materia de intervenciones de la salud[58], en la prestación del servicio militar[59], la autorización de los padres para dar a un menor en adopción[60] y también en temas que involucran los derechos a la intimidad y a la propia imagen.[61] En estos casos la Corte ha considerado que la libertad del consentimiento no depende sólo de que éste se manifieste libre de vicios, como el engaño, la fuerza o el error, sino que se otorgue con fundamento en una información que se considera necesaria para que la persona comprenda plenamente los alcances e implicaciones de su decisión, de tal manera que si no se garantiza este deber de información se considera que el consentimiento no se dio de manera autónoma y libre.[62]

8.2. En materia de derechos a la intimidad y a la propia imagen, tal como se señaló en los respectivos acápites de esta sentencia, el consentimiento constituye un requisito indispensable para que la imagen de una persona pueda ser usada por terceros con el fin de publicarla, exponerla, reproducirla o comercializarla de manera libre. En el caso particular de la industria pornográfica o entretenimiento para adultos, se advierte que es una actividad económica que no ha sido regulada por la ley de forma específica. Se encuentra protegida, en principio, por la garantía constitucional de la libertad de empresa, consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política[63] y su ejercicio involucra, para las personas que prestan su imagen en cualquier material audiovisual pornográfico, aspectos relacionados con los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, toda vez que esta actividad tiene un impacto en la manera como la persona desea proyectar su imagen, su cuerpo y su identidad. Estos efectos sobre la imagen de la persona son especialmente acentuados en las mujeres que ejercen la pornografía, como en el caso que se analiza, pues el entretenimiento para adultos es una industria hecha principalmente por y para hombres[64], en donde las actrices pornográficas suelen tener que enfrentar estigmatizaciones y señalamientos, que a su vez se materializan en prejuicios y estereotipos sociales sobre sus calidades y comportamientos como mujer en una sociedad patriarcal[65]. Esta situación implica que el impacto en la vida personal, familiar, social o profesional de una persona que ha trabajado en la industria pornográfica sea mayor si se trata de una mujer en razón a dichos prejuicios y estereotipos.

8.3. La libertad contractual es amplia y permite autorizar a terceros el uso, difusión y comercialización de su propia imagen, en virtud del derecho que se tiene a disponer de

esta. Sin embargo, en los contratos que suscriben las empresas productoras de material audiovisual pornográfico con las personas que actúan en estas producciones, es necesario que el consentimiento que estas personas otorgan para ejercer este oficio esté revestido de ciertas garantías que permitan asegurar que dicho consentimiento es no solamente libre, sino también informado, de tal manera que se conozcan y se tenga claridad sobre todas las consecuencias que tendrá la firma de dicho contrato. Esto es indispensable para garantizar el goce efectivo de la libertad y la autonomía personal y evitar que se presenten situaciones de explotación o abuso.

8.4. En sentencia T-510 de 2003[66], previamente citada, se indicó que los casos en los que se exigen ciertos requisitos para tener por válido el consentimiento de una persona, son situaciones en las que “(i) se requiere que una persona tome una decisión, manifestando libre y autónomamente su voluntad, (ii) se encuentran en juego valores, principios o derechos constitucionales de gran importancia, (iii) no es posible comprender adecuadamente las dimensiones, alcances riesgos y consecuencias de la decisión y sus alternativas, sin contar con información específica (en muchas ocasiones técnica) y (iv) la capacidad emocional, física o psicológica de la persona que va a decidir puede verse afectada y llevarla a tomar decisiones que, por fuera de ese estado anímico y físico, nunca adoptaría”.

8.5. En cuanto al consentimiento para actuar en escenas pornográficas, puede afirmarse que este debe ser protegido especialmente porque (i) una persona debe tomar libre y autónomamente la decisión de actuar en una escena pornográfica; (ii) lo que tiene un impacto considerable sobre algunos derechos fundamentales, principalmente los derechos a la propia imagen e intimidad y se pretenden impedir situaciones de explotación o abuso sexual; (iii) requiriendo, en casos en los que la persona apenas está incursionando en la industria pornográfica, de información precisa sobre el funcionamiento de esta industria y las consecuencias que sobre sus derechos tendría la decisión de actuar en una escena pornográfica; y (iv) en situaciones en las que la persona no tenga experiencia en este tipo de actuaciones pueden incidir diversos factores que la lleven a tomar una decisión apresurada, sin que sea realmente consciente de las consecuencias irreversibles que esta decisión podría tener sobre distintos aspectos de su vida.

8.6. Así entonces, dado el carácter trascendental que tiene la decisión de actuar en una

escena pornográfica, al involucrar aspectos relacionados con los derechos fundamentales a la propia imagen e intimidad, es apenas lógico que exista una obligación en cabeza de quien contrata los servicios de estas personas, consistente en proveer una información suficiente, oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa, que dé cuenta de todos los aspectos relevantes que al suscribir este tipo de contratos repercutirán en la intimidad y la imagen de la persona.

8.7. Esta Corporación advierte que la provisión de esta información ayuda a equilibrar la desigualdad negocial que puede existir entre las partes que gestionan y firman un contrato para la producción de material audiovisual pornográfico, en casos como el presente en los que el contratante es dueño de una empresa dedicada al negocio de la producción de videos pornográficos y la contratista es una persona que apenas incursiona en esta industria y carece de conocimientos sobre su funcionamiento y vinculación contractual. En sentencia T-222 de 2004 esta Corporación enunció algunos de los ámbitos en los que existe una desigualdad negocial que, en algunos casos, es suplida por garantías que el mismo ordenamiento jurídico proporciona,[67] pero que en todo caso generan consecuencias constitucionales distintas. Indicó que un claro ejemplo de desigualdad entre las partes se suscita en materia laboral, evento en el cual aumenta la posibilidad de que las controversias que se originen tengan relevancia constitucional, mientras que en otros ámbitos, como sería el caso de algunas relaciones entre comerciantes, se reduce la posibilidad de que las condiciones de igualdad negocial se tornen en asuntos de relevancia constitucional[68].

8.8. Por lo anterior, además de los requisitos y condiciones generales que debe reunir cualquier tipo de contrato, en aquellos cuyo objeto sea la producción de material audiovisual de contenido pornográfico y se contrate para ello a personas que desconocen el funcionamiento de la industria pornográfica[69], se deben precisar los siguientes parámetros mínimos constitucionales, con el fin de asegurar que la manifestación de la voluntad de las personas cuyas imágenes van a ser publicadas, distribuidas o comercializadas sea genuina, libre e informada. Dichos parámetros se derivan de las particularidades que tiene la contratación de actores en la industria del entretenimiento para adultos y de la necesidad de garantizar un consentimiento debidamente informado en estos casos que evite que se presenten circunstancias de explotación o abuso sexual.

8.8.1. Especificar los usos y fines de las imágenes. La jurisprudencia constitucional ha

señalado que el consentimiento debe ser completo, por lo que la generalidad e indeterminación en la información que se suministra atenta contra el consentimiento debidamente informado. Por tanto, en los contratos de actuación en la industria pornográfica es necesario que se determinen las finalidades específicas y el contexto en el que serán usadas las imágenes pornográficas que se graben o fotografíen, pues de lo contrario se genera una autorización incompleta. Al respecto, en la sentencia T-634 de 2013, en relación con el consentimiento informado sobre el uso y la finalidad de la imagen se señaló: “La definición de los usos de la propia imagen y sus finalidades es un ámbito protegido a través de la cláusula general de libertad. Esto implica que cuando una persona autoriza el uso de su propia imagen, el grado de autonomía reconocido en dicho ámbito exige que el individuo determine y consienta no sólo sobre la índole del uso de su imagen sino también sobre las finalidades de éste uso. Por ende resultarán contrarios a los derechos fundamentales de la persona aquellos usos de su imagen así como las finalidades de este uso que no correspondan a los que fueron objeto de autorización”[70].

Por lo anterior, es preciso que en el proceso contractual que se surta para actuar en la industria pornográfica, quede claramente establecido si la escena o sesión de fotos para la que se contrata la actuación de la persona sólo será grabada o fotografiada y no tendrá ningún otro fin, como podría tratarse en el caso de un casting, o si por el contrario las imágenes, además de ser grabadas o fotografiadas, van a ser publicadas por algún medio o comercializadas, de tal manera que no haya dudas en torno al alcance del consentimiento otorgado por el actor o la actriz sobre el uso y la finalidad que se le va a dar a su propia imagen. El consentimiento entonces debe ser completo, por lo que la generalidad e indeterminación en el texto del contrato sobre las finalidades específicas y el contexto en el que serán usadas las imágenes pornográficas que se graben o fotografíen, genera una autorización incompleta que quebranta el consentimiento libre e informado.

8.8.2. Determinar el alcance de la comercialización de las imágenes. El consentimiento informado implica que la información que deba ser provista debe ser suficiente, esto es, “el consentimiento debe darse bajo la premisa de una amplia información, de manera que no es suficiente con dar la información, sino que debe brindarse toda la información que sea necesaria y hacerlo de la mejor forma posible”[71]. Así, en cada caso debe brindarse toda la información que se considere relevante y pertinente para que la persona tome una decisión informada.

Por tanto, en el trámite contractual para actuar en la industria pornográfica se debe dar claridad sobre la difusión esperada y esperable de las imágenes pornográficas, esto es, las posibilidades reales y eventuales de comercialización de las imágenes. La Corte entiende que, si bien no es posible entregar una información integral, precisa y detallada sobre esta cuestión, debido a las vicisitudes propias del mercado, sí se debe especificar dónde y cómo se van a distribuir las imágenes grabadas o fotografiadas, por lo que se deben informar, al menos, los siguientes aspectos: (i) a través de cuáles medios se van a comercializar las imágenes (internet, medios digitales, medios impresos, etc.); (ii) a qué personas o empresas se les va a ofrecer la venta o distribución de las imágenes; (iii) en qué países se podrá acceder a las imágenes grabadas o fotografiadas o si se podrá acceder a éstas desde cualquier parte del mundo; (iv) si el acceso a las imágenes será gratuito o pago; (v) exponer los riesgos que existen en la actualidad sobre la piratería de contenidos digitales y los riesgos de que las imágenes grabadas o fotografiadas sean reproducidas en medios que no han sido autorizados para estos fines, y finalmente, (vi) en caso de que las imágenes se vayan a distribuir en páginas de internet, establecer cuál es el nivel de seguridad de dichas páginas frente a la piratería o el hackeo de información tanto en la web como en la deep web[72].

8.8.3. Proveer información suficiente sobre las imágenes que serán grabadas o fotografiadas, el impacto y consecuencias que estas tendrán y el valor promedio de los honorarios que se pagan. Siguiendo lo dicho en el parámetro anterior, referente a la suficiencia de la información, debe indicarse que, además de que es necesario brindar toda la información que se requiera en el caso concreto, para que se considere como una información suficiente, esta debe ser también detallada en todos los aspectos relevantes que permitirán a la persona decidir si otorga o no su consentimiento para determinado propósito.

En consecuencia, para que se asegure un consentimiento debidamente informado, es necesario que la persona que va a autorizar el uso de su imagen en materiales pornográficos conozca de antemano qué se compromete a hacer en las escenas que se van a grabar o las fotos que se van a tomar, para lo cual se debe indicar en el contrato qué tipo de actos sexuales tendrá que realizar el actor o la actriz. Esto implica que la persona no está obligada a permitir que se filme o fotografíe su imagen en actos sexuales que no fueron expresamente autorizados en el contrato, pues se considera que no se brindó una

información íntegra, situación que vicia el consentimiento informado. Así mismo, se le deberá informar sobre las consecuencias que las imágenes podrán tener en su vida personal, familiar, social o laboral, de tal manera que la persona sea consciente de que al difundirse estas imágenes se generará algún tipo de impacto sobre su intimidad y el concepto público que la personas quiere proyectar y representar a través de su imagen. El contratante también deberá proveer información al contratista sobre el valor de los honorarios que, en promedio, se pagan en la industria pornográfica por el tipo de escenas, actuación o fotografías objeto del contrato.

8.8.4. Término para ratificar el consentimiento. En algunas circunstancias la jurisprudencia constitucional ha determinado que debe asegurarse que el consentimiento sea seguro y estable, por lo que ha considerado necesario que se otorguen plazos prudenciales para que la persona tenga un tiempo de reflexión para analizar con calma la decisión que debe tomar. Por ejemplo, en materia de adopción señaló la Corte: “Una vez que los funcionarios le proporcionan a la madre, o a quien ejerza la patria potestad del menor, la información que constitucional y legalmente se requiere para emitir el consentimiento de dar en adopción, es preciso concederle un tiempo en la mayor calma y tranquilidad posible para permitir que la información pueda ser repasada y analizada. Es en este momento en que la madre o quien ejerza la patria potestad, podrá meditar respecto a lo que se le dijo, sopesar las consecuencias de su eventual decisión y concretar las dudas que tiene. Sólo después de haber tenido un espacio de reflexión se podrá saber si se desea o no, en realidad, asumir las consecuencias de la decisión de dar en adopción”[73].

La autorización que otorga una persona para que se use su imagen en producciones audiovisuales de la industria pornográfica debe darse sin presiones ni apremios, dadas las trascendentales e irreversibles consecuencias que sobre su imagen e intimidad se generan, en especial si se trata de una persona que no hace parte de esta industria y carece de experiencia. En estos casos se debe garantizar un consentimiento informado y cualificado.[74] En consecuencia, es preciso que se otorgue a la persona que se contrata un término prudencial y razonable entre el momento en que se entrega toda la información referida en los párrafos anteriores y el momento de la firma del contrato, con el fin de que en este lapso pueda contrastar y corroborar la información que se le brinda, los términos del contrato y las implicaciones que tendría su ejecución, así como para formular las inquietudes que puedan surgir al respecto. No obstante, dependerá de la libre voluntad de

las partes determinar si el tiempo para ratificar el consentimiento se otorga antes o después de la firma del contrato, en caso de que el momento de la entrega de la información y la firma del contrato sean coetáneos. Este espacio de reflexión, que permite madurar la decisión de quien autoriza el uso de su imagen, de tal forma que se trate de un ejercicio libre de la autonomía, asegura que se reafirme la voluntad de la persona y se garantice así la genuina y reiterada convicción del interés de esta en permitir el uso de su imagen en producciones audiovisuales de contenido pornográfico. La Corte advierte que, dado que los contratos para actuar en producciones audiovisuales pornográficas son negocios jurídicos regidos por reglas contractuales generales y no específicas, el tiempo que se otorgue a la persona para ratificar el consentimiento debe ser razonable y permitir, sustancialmente, el ejercicio libre de su autonomía y garantizar materialmente su voluntad genuina y reiterada. En caso de existir una controversia, corresponderá a los jueces en cada caso concreto valorar, a la luz de los parámetros constitucionales y legales aplicables, si se otorgó un término razonable y prudencial para que la persona que autoriza el uso de su imagen en producciones audiovisuales pornográficas hubiera tenido la posibilidad ratificar su consentimiento sin apremios o presiones, una vez comprendidas las implicaciones que se derivan de este tipo de contratos.

8.9. Esta Sala considera que los anteriores parámetros mínimos constitucionales permiten asegurar un consentimiento informado a las personas que, en el ejercicio de su libertad contractual, autorizan el uso de su imagen en materiales audiovisuales pornográficos, siempre y cuando dichos parámetros no se cumplan como una mera formalidad, sino que garanticen efectivamente que la persona comprende cabalmente los alcances y las consecuencias de su decisión, por lo que resulta de gran importancia la manera en que se otorga la información. Por ende, no puede emplearse un idioma o un vocabulario o terminología extraño a quien está siendo informado, ni emplearse mecanismos para transmitir la información que entorpezcan la claridad en la comprensión de la misma.

8.10. Por tanto, los jueces ordinarios o constitucionales que resuelven controversias similares a la presente deberán tener en cuenta, como criterios orientadores, los parámetros desarrollados anteriormente para determinar si el consentimiento de la persona fue no sólo libre, sino también debidamente informado, conjugando en todo caso las particularidades de cada situación. Así, los jueces valoraran y respetarán los acuerdos contractuales que tengan reglas claras, información completa y fidedigna y se haya

procedido de buena fe, en cambio, deberá intervenir en aquellas negociaciones contractuales en las que se advierta que se ocultó información o no se brindó una información clara, completa y veraz, o se presentaron situaciones de abuso o engaño que generaron un consentimiento espurio al que no puede dársele validez. Debe advertirse, sin embargo, que la Corte no está estableciendo un modelo contractual, sino fijando los límites en este tipo de contratación para garantizar la protección de la intimidad, la propia imagen y la dignidad de las personas que voluntariamente deciden autorizar a terceros el uso de su imagen en contenidos pornográficos, así como para impedir que se presenten situaciones de explotación o abuso, por lo que debe precisarse que los citados parámetros no son los únicos que se pueden tener en cuenta para analizar casos similares al presente, pues el juez, dependiendo de las particularidades de cada caso, puede tener en cuenta criterios o parámetros adicionales de otro tipo, como por ejemplo los que se puedan derivar de la ley civil.

9. La manifestación de la voluntad de Ana para autorizar el uso de su imagen en un video pornográfico no se dio mediante un consentimiento libre, autónomo e informado

9.1. La accionante, Ana, afirma que accedió a grabar un video pornográfico con la Empresa de videos, propiedad de Carlos, quien le aseguró que la escena que se filmaría sería un casting, por lo que no se iba a difundir el video, razón por la cual no le pagarían ninguna suma de dinero. La actora afirma que cuando terminó la grabación del video pornográfico firmó un contrato, el cual estaba en inglés y no comprendió. Por su parte, en la contestación de la tutela, el accionado señala que el 3 de noviembre de 2009 Ana se presentó en una de las locaciones de la Empresa de videos, allí se certificó su mayoría de edad, se firmó el contrato y se grabó la aludida escena pornográfica. Indicó también que es propietario de la referida Empresa de videos, la cual es dueña de una página web, y agregó que se vendió la escena en modo no exclusivo a otra empresa para su comercialización, de conformidad con la negociación realizada con la accionante el día de la escena. Por lo tanto, asegura Carlos que tiene los derechos de propiedad del material que se grabó.

Posteriormente, en respuesta a la solicitud hecha por esta Sala, relacionada con la remisión de una copia del contrato firmado con Ana, Carlos indicó que no poseía ninguna copia del referido contrato. Sin embargo, explicó que, en efecto, el contrato estaba escrito en inglés pero se había anexado una copia en español y señaló que lo que allí se consignaba era la

Ley 2257 de Estados Unidos relativa a la certificación de mayoría de edad. Adujo también que en la actualidad el video pornográfico grabado por la accionante no está en ninguna de las páginas web de la productora, y agregó que una de las páginas web de su propiedad ya no existe.

9.2. De los hechos del presente caso se advierte que no existió un consentimiento informado por parte de Ana, quien trabaja como modelo de publicidad y no se dedica a la actuación en películas de entretenimiento para adultos, para autorizar a Carlos y su empresa productora a publicar y comercializar el video pornográfico en el que actuó. En efecto, la autorización por ella otorgada para el uso de su propia imagen por parte de terceros, con un alto grado de impacto sobre sus derechos, se dio sin que hubiese conocido y comprendido los usos y fines que iba a tener el video pornográfico grabado, esto es, si iba a ser usado sólo como una prueba de casting o si además iba a ser publicado en páginas web y comercializado a terceros, como en efecto sucedió, pues así lo confirmó el accionado en la contestación de la tutela.

No puede argumentarse, como insinúan los jueces de tutela de instancia, que dado que la accionante era consciente de que estaba filmando un video pornográfico, no puede solicitar que detengan o retiren su publicación en páginas de internet. En estos casos el consentimiento debe ser expreso y claro sobre el uso y los fines que se le van a dar a las imágenes, por lo que mal puede concluirse que el consentimiento que haya otorgado la accionante para grabar el video también se entiende como una autorización implícita para que este pueda ser publicado y comercializado, ya que para esto era necesario el consentimiento expreso de Ana sobre la publicación del video en internet y la venta de este a terceros.

9.3. Tampoco encuentra esta Sala que en el trámite contractual entre Carlos y Ana se hubiera precisado el alcance que tendría la comercialización del video pornográfico, pues no obra prueba que demuestre que el accionado hubiera explicado a la accionante a través de cuáles medios se iban a comercializar las imágenes, a qué personas se les iban a vender, desde qué países se podría acceder a ver el video, ni tampoco se suministró información a Ana sobre los riesgos concretos que existían acerca de la posibilidad de que el video fuera reproducido ilegalmente por otros sitios de internet. En efecto, se constata que el video pornográfico grabado por la accionante fue difundido, al parecer de manera no autorizada,

por las dos páginas web demandadas, sitios que no son de entretenimiento para adultos, razón por la cual el impacto sobre los derechos a la propia imagen e intimidad se acentúa, toda vez que, si no existió un consentimiento debidamente informado para que se autorizara la publicación del mencionado video en páginas pornográficas, mucho menos puede asegurarse que la peticionaria aceptó la divulgación de sus imágenes en páginas no pornográficas de fácil acceso. De igual manera, no se evidencia que a la peticionaria se le haya proveído información sobre la escena que iba a grabar ni sobre el valor promedio de los honorarios que se pagan regularmente en la industria pornográfica en ese tipo de escenas.

9.4. Finalmente, la Corte advierte que no se garantizó la genuina y reiterada convicción de la accionante de grabar un video pornográfico y autorizar su publicación y comercialización. Ana no tuvo siquiera un término prudencial para informarse adecuadamente sobre los términos del contrato y las implicaciones que tendría su ejecución, así como para formular las inquietudes que pudieran surgir al respecto. En efecto, tal como lo manifiesta el propio accionado en la contestación de la tutela, la entrega del contrato, la firma de este y la grabación del video se llevaron a cabo el mismo día. La peticionaria incluso manifiesta en la acción de tutela que la firma del contrato se realizó después de la grabación del video, afirmación que no fue controvertida por Carlos, lo que evidencia que la actora no tuvo la posibilidad de leer, comprender e informarse adecuadamente sobre el contrato que firmaría y las implicaciones e impacto que esto tendría sobre su imagen e intimidad, por lo que no tuvo la oportunidad de ratificar su consentimiento en torno a la autorización otorgada para grabar, publicar y comercializar el video pornográfico.

9.5. Por lo anterior, esta Sala evidencia que, en el trámite contractual para la grabación de un video pornográfico, Carlos no le garantizó a Ana un consentimiento informado que permitiera asegurar una manifestación de la voluntad libre y autónoma, en tanto que no consta dentro del proceso que el accionado o su empresa le hubiera brindado la información completa, suficiente y detallada que le permitiera, de manera libre e informada, autorizar la grabación y comercialización de su imagen en un video pornográfico. En efecto, no se demostró que en el proceso contractual se le hubieran especificado a la accionante los usos y fines del video y el alcance de la comercialización de éste, así como tampoco se le garantizó un término prudencial para informarse adecuadamente sobre las consecuencias que tendría su decisión, ni se le proveyó información suficiente sobre las imágenes que

serían grabadas y el valor promedio de los honorarios que se pagan por estas.

Así entonces, se concluye que la ausencia de un consentimiento pleno e informado generó, por las circunstancias descritas, la vulneración de los derechos fundamentales a la propia imagen e intimidad de Ana, pues la divulgación del video pornográfico no fue debidamente autorizada por ella. Dicha transgresión de los derechos fundamentales se originó en las condiciones mismas de contratación,[75] las cuales no hicieron posible que a la accionante se le garantizara un consentimiento no sólo libre, sino también informado, por lo que no puede el juez constitucional avalar un contrato suscrito en tales condiciones amparándose en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, principios que, si bien gozan de protección constitucional, tienen como uno de sus límites el respeto de los derechos fundamentales. Esta situación, además, implicó el desconocimiento de garantías propias del régimen de derechos de autor y derechos conexos, ya que la accionante, como actriz del video en mención, tenía el derecho de autorizar su divulgación y comercialización, tal como lo establecen las normas de la Ley 23 de 1982 y la Decisión 351 de la Comunidad Andina, antes citadas. Por tanto, la ausencia de una genuina autorización genera, no sólo la violación de los derechos fundamentales a los que se ha hecho referencia a lo largo de esta sentencia, sino también la transgresión de los derechos que tiene Ana como intérprete de una producción audiovisual.

9.6. En este punto, la Sala considera importante precisar que no le corresponde hacer algún tipo de juicio de valoración sobre las personas que, en virtud de su libre desarrollo de la personalidad, otorgan su consentimiento libre e informado para autorizar a terceros hacer uso de su imagen en cualquier tipo de material audiovisual pornográfico. En este sentido, la Sala resalta que, en ejercicio de su autonomía, las personas tienen derecho a disponer de su propia imagen, cuestión que resulta fundamental en el reconocimiento de la persona en su individualidad y en su relación con la sociedad. No le concierne entonces a esta Corte evaluar el uso que las personas hagan de sus libertades, sino garantizar que puedan ejercer efectivamente estas libertades.

9.7. De otro lado, es preciso señalar que la protección de los derechos fundamentales de la accionante mediante la presente Sentencia no implica que Ana no pueda ejercer las respectivas acciones civiles ante la jurisdicción ordinaria para obtener una indemnización por los daños que le hubiera podido causar la divulgación del video pornográfico.

10. Órdenes

10.1. Una vez constatada la vulneración de los derechos fundamentales a la propia imagen e intimidad de Ana, esta Sala debe buscar el remedio más adecuado para reparar la transgresión de tales derechos, teniendo en cuenta que existen circunstancias que pueden imposibilitar un resarcimiento pleno de los derechos vulnerados. En efecto, se advierte que el video pornográfico en el que actuó la accionante, además de encontrarse en las páginas de internet que pertenezcan o administre Carlos o la Empresa de videos, puede estar, de manera autorizada o no, en diferentes páginas. Por tanto, teniendo en cuenta que Carlos y su Empresa de videos son los responsables de la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, y ante la omisión grave de proteger el material grabado y evitar su difusión masiva no autorizada, el causante del daño debe proceder a repararlo. En consecuencia, como primera medida, Carlos deberá retirar el video de sus páginas de internet, de las que admitió ser su propietario, y abstenerse de publicarlo o distribuirlo nuevamente.

10.3. Por lo anterior, se procederá a revocar las sentencias proferidas el 7 de marzo de 2017 por el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, y el 20 de abril de 2017 por el Juzgado Quince Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín. En su lugar, se protegerán los derechos fundamentales a la propia imagen e intimidad de Ana y se ordenará a Carlos que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda, en caso de que no lo hubiere hecho ya, a retirar el video pornográfico grabado por Ana de las páginas de internet de las que él o la Empresa de videos son propietarios o administradores y se abstenga en el futuro de publicarlo, distribuirlo o comercializarlo mediante cualquier medio.

En cuanto a las páginas de internet en donde se haya publicado el video y que no pertenezcan o no sean administradas por Carlos o la Empresa de videos, este deberá: (i) identificar con precisión cuáles son esas páginas; (ii) tomar todas las medidas adecuadas y posibles que estén a su alcance para lograr el retiro del video pornográfico grabado por Ana; y (iii) en caso de que no sea posible retirar el video, probar al juez de tutela de primera instancia y a esta Sala que ha adoptado todas las medidas adecuadas y posibles a su alcance para retirar dicho video.

Así mismo, se prevendrá a la Empresa de videos para que en el futuro se abstenga de celebrar contratos de actuación en producciones audiovisuales pornográficas sin que para ello se garantice el consentimiento libre e informado de la persona que se contrata, tal como se explicó en esta Sentencia, y se advertirá a la accionante, que, en todo caso, puede acudir a las autoridades judiciales competentes para que establezcan las responsabilidades a que haya lugar.

11. Síntesis de la decisión

11.1. La accionante, Ana, interpuso acción de tutela en contra de Carlos, propietario de la Empresa de videos, dedicada a la producción de videos pornográficos. La actora señaló que nunca autorizó al demandando a publicar ni comercializar el video grabado por ella, pues sólo se trataba de un casting. Sin embargo, dicho video fue publicado en varias páginas de internet, algunas de las cuales pertenecían al accionado. Ana solicitó al juez de tutela que ordenara el retiro del video de dichas páginas de internet.

11.2. La Corte determinó que en los contratos que suscriben las empresas productoras de material audiovisual pornográfico con las personas que actúan en estas producciones, es necesario que se garantice un consentimiento informado, de tal manera que la persona conozca todas las consecuencias que tendrá la firma de dicho contrato. Por lo tanto, además de los requisitos y condiciones generales que debe reunir cualquier tipo de contrato, en aquellos cuyo objeto sea la producción de material audiovisual de contenido pornográfico y se contrate para ello a personas que desconocen el funcionamiento de la industria pornográfica, se deben precisar los siguientes aspectos mínimos, con el fin de asegurar que la manifestación de la voluntad de las personas cuyas imágenes van a ser publicadas, distribuidas o comercializadas sea genuina, libre e informada y se eviten situaciones de explotación o abuso, a saber: (i) especificar los usos y fines de las imágenes; (ii) determinar el alcance de la comercialización de las imágenes; (iii) garantizar un término para ratificar el consentimiento; y (iv) proveer información suficiente sobre las imágenes que serán grabadas o fotografiadas y el valor promedio de los honorarios que se pagan por estas.

11.3. Esta Sala concluyó que a la accionante no se le garantizó un consentimiento informado en el proceso de contratación para actuar en la grabación de un video

pornográfico, pues el demandando no demostró el cumplimiento de los aspectos mínimos que se deberían tener en cuenta en este tipo de contratos para asegurar un consentimiento informado de la parte contratista. Por tal motivo, con la publicación del video pornográfico se vulneraron los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen de la accionante.

III. Decisión

Se vulneran los derechos fundamentales de las personas que actúan en producciones audiovisuales pornográficas cuando quien contrata sus servicios no le suministra información sobre los usos y fines de las imágenes; el alcance de la comercialización de éstas; la descripción de los actos sexuales que tendrá que realizar y el impacto que estas pueden tener en diferentes aspectos de su vida; o cuando no se garantiza un tiempo para ratificar el consentimiento que asegure el ejercicio libre de la autonomía. Si no se cumplen estos aspectos y la persona desconoce el funcionamiento de la industria pornográfica, no se le garantiza adecuadamente un consentimiento informado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero: LEVANTAR los términos de suspensión decretados a través del Auto del 27 de noviembre de 2017.

Segundo.- Por las razones y en los términos de esta providencia, REVOCAR las sentencias proferidas el 7 de marzo de 2017 por el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, y el 20 de abril de 2017 por el Juzgado Quince Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín. En su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen de Ana.

Tercero.- ORDENAR a Carlos que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda, en caso de que no lo hubiere hecho ya, a retirar el video pornográfico grabado por Ana de las páginas de internet que él o su empresa, Empresa de videos, sean propietarios o administradores, y que se abstenga en el futuro de publicarlo,

distribuirlo o comercializarlo mediante cualquier medio.

En cuanto a las páginas de internet en donde se haya publicado el video y que no pertenezcan o no sean administradas por Carlos o la Empresa de videos, este deberá: (i) identificar con precisiones cuáles son esas páginas; (ii) tomar todas las medidas adecuadas y posibles que estén a su alcance para lograr el retiro del video pornográfico grabado por Ana; y (iii) en caso de que no sea posible retirar el video, probar al juez de tutela de primera instancia, quien es el competente para asegurar el cumplimiento de las órdenes proferidas en la presente sentencia, así como a esta Sala, que ha adoptado todas las medidas adecuadas y posibles a su alcance para retirar dicho video.

Cuarto.- ADVERTIR a los propietarios y administradores de las dos páginas web vinculadas que, en el ejercicio de sus deberes constitucionales, presten toda la colaboración a Carlos para lograr el retiro del video.

Quinto.- PREVENIR a la Empresa de videos para que en el futuro se abstenga de celebrar contratos de actuación en producciones audiovisuales pornográficas en los que no se garantice el consentimiento libre e informado de la persona que se contrata, tal como se explicó en esta sentencia.

Sexto.- ADVERTIR a Ana que, en todo caso, puede acudir a las autoridades judiciales competentes para que establezcan las responsabilidades a que haya lugar.

Séptimo.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como DISPONER las notificaciones a las partes –a través del Juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada Ponente

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Dado que el presente caso plantea una posible vulneración al derecho a la intimidad y a la propia imagen de la accionante, de esta providencia se hará una versión que pueda ser pública, por lo que en esta se cambiarán los nombres reales de la accionante, del accionado y su empresa por nombres ficticios. Así mismo, se omitirá la dirección de las páginas web en las que fue publicado el video pornográfico objeto de este asunto, tanto las que pertenecen a Carlos como las que le son ajenas a él.

[2] La magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado presentó insistencia ante la Sala de Selección para que el expediente T-6.250.337 fuera seleccionado para su revisión por parte de esta Corte. En el escrito de insistencia se indica, entre otras razones, que la Corte debe revisar este caso para abordar las implicaciones constitucionales sobre los derechos a la intimidad, a la imagen y a la autonomía de la voluntad, cuando las mujeres escogen trabajos que involucran el uso de su imagen corporal. Así mismo, se señala, podría analizarse la dimensión constitucional de los contratos privados para el uso de la imagen en material audiovisual para adultos.

[3]. Mediante Auto del 25 de agosto de 2017, proferido por la Sala de Selección Número Ocho, conformada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Diana Fajardo Rivera, la Corte Constitucional seleccionó para revisión el expediente T-6.250.337.

[4] Denuncia penal (Folios 18 a 21, Cuaderno No. 2).

[5] Acción de tutela (Folios 1 a 4, Cuaderno No. 2).

[6] Respuesta de la acción de tutela de Carlos (Folios 36 y 37, Cuaderno No. 2).

[7] Folios 32, 34 y 35 del Cuaderno No. 2.

[8] Sentencia de tutela de primera instancia (Folios 40 a 44, Cuaderno No. 2).

[9] Impugnación de la sentencia de tutela de primera instancia (Folios 52 a 55, Cuaderno No. 2).

[10] Sentencia de tutela de segunda instancia (Folios 59 a 63, Cuaderno No. 2).

[11] El artículo 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona tiene la facultad de incoar el amparo constitucional, por sí misma o por quien actúe en su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

[12] De acuerdo a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación y al artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra particulares en los siguientes casos: (i) cuando el particular presta un servicio público; (ii) cuando la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo y, (iii) cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

[13] Sobre la configuración del estado de indefensión, ver entre otras, sentencias T-798 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño y T-552 de 2008. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[14] Sentencia T-405 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño. En dicha sentencia también se demandó a un particular por la violación de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

[16] Sentencia T-050 de 2016. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. S.P.V. Gloria Stella Ortiz Delgado. En dicha Sentencia se analizó la tutela interpuesta por una persona que había sido objeto de señalamientos injuriosos en la red social Facebook.

[17] Sobre el requisito de la inmediatez, ver entre otras: sentencias T-158 de 2006. MP. Humberto Antonio Sierra Porto; T-584 de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-416 de 2013. MP. Mauricio González Cuervo; T-038 de 2017. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Aquiles Arrieta Gómez.

[18] Sentencias T-158 de 2006. MP. Humberto Antonio Sierra Porto; T-792 de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-584 de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-521 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; SU-588 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo. A.V. Luis Ernesto Vargas Silva.

[19] Sentencia T-145 de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[20] Sentencia SU-089 de 1995. Jorge Arango Mejía.

[21] Sentencia T-787 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil, en la que se estudió la tutela interpuesta por una profesora de una institución educativa quien estuvo varios meses incapacitada por problemas de salud, por lo que el accionado realizó una caricatura que circuló en diarios locales en la que insinuaba que no eran ciertas las incapacidades otorgadas a la accionante, además, se aludía a la realización de actos sexuales de la accionante con otra persona. La Corte protegió los derechos de la intimidad, honra y buen nombre de la accionante. Sobre la intimidad personal, precisó que es “la salvaguarda del derecho de ser dejado sólo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizado aspectos íntimos de su vida”. En relación a la intimidad en el grado familiar, esta “responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar”. Por su parte, el ámbito social de la intimidad “involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social”. Finalmente, la intimidad gremial “se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse -conforme a derecho- la explotación de cierta información”.

[22] Sobre la naturaleza y características del derecho a la intimidad, ver, entre otras: Sentencias T-787 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil; T-405 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño; T-634 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa; T-478 de 2015. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-050 de 2016. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. S.P.V. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[23] Sentencia T-787 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil. Para la Corte estos cinco principios permiten delimitar la protección del núcleo esencial del derecho a la intimidad.

[24] Sentencia T-696 de 1996. MP. Fabio Morón Díaz.

[25] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. A.V. Nilson Pinilla Pinilla.

[26] En esta sentencia la Corte precisó que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia, es posible hacer valer como prueba dentro de un proceso la grabación que hace la víctima de un delito, de su imagen o de su voz, con el fin de develar la existencia de la conducta ilícita que la victimiza, sin embargo, dicha prerrogativa no puede extenderse a las grabaciones que se hacen al presunto victimario sin su autorización. Ahora bien, sobre la violación al derecho a la intimidad a causa de la revelación de información de una persona sin su autorización, también pueden consultarse, entre otras sentencias, las siguientes: Sentencia T- 090 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En dicha oportunidad la demandante acusó la utilización de las imágenes de su parto en programas diferentes al producido por la sociedad demandada. La difusión de la imagen se efectuó sin requerir el consentimiento de la actora y, aparentemente, desconociendo igualmente los derechos de aquélla, que tampoco había impartido su autorización. En la sentencia T-471 de 1999. MP. José Gregorio Hernández, se decidió el caso referido a la imagen de una menor de edad que apareció impresa en las etiquetas y la propaganda de los productos de la empresa demandada, sin autorización manifiesta de aquélla ni de sus representantes legales. Se concedió la tutela solicitada y se ordenó que, salvo el consentimiento expreso de la menor de edad, a través de sus padres, las etiquetas y avisos en las que su imagen aparece salieran de circulación. En la sentencia T-904 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa, se protegió el derecho a la intimidad de un grupo de menores de edad cuyas imágenes fueron publicadas por un noticiero de televisión. La Corte reiteró que, salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley que obliguen a las personas a revelar cierta información a partir de su reconocimiento o valoración como de importancia o relevancia pública; el resto de los datos que correspondan al dominio personal de un sujeto no pueden ser divulgados, a menos que el mismo individuo decida revelar autónomamente su acceso al público.

[27] Sobre la naturaleza y características del derecho a la propia imagen, ver, entre otras: Sentencias T-090 de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-471 de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-405 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño; T-634 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa; T-050 de 2016. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. S.P.V. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[28] Sentencia T-090 de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[29] Sentencia T-471 de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo. En esta oportunidad la

Corte estudió el caso de una empresa que había difundido las fotografías tomadas a una menor de edad para promocionar un producto sin que hubiera una autorización manifiesta de aquélla ni de sus representantes legales, pues las fotografías usadas fueron tomadas sólo como pruebas que no eran susceptibles de comercialización efectiva. La Corte concedió la tutela y ordenó a la empresa demandada retirar de circulación las etiquetas y avisos en los que aparecía la imagen de la menor.

[30] Sentencia T-634 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.

[31] Lo que se ha denominado como la “constitucionalización del derecho privado”, esto es, la manera en que las disposiciones constitucionales permean las relaciones entre particulares, como por ejemplo en materia contractual, tiene su fundamento en la teoría sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, estructurada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el fallo Lüth de 1958. En términos generales, lo que esta teoría propone es que los derechos no son sólo límites al poder del Estado (eficacia vertical), sino que también expanden su eficacia a las relaciones entre particulares (eficacia horizontal). El Constituyente colombiano de 1991 incluyó en el artículo 86 Superior la vinculación o eficacia horizontal de derechos, al posibilitar la acción de tutela contra particulares en tres escenarios, en el que se encuentra la situación de subordinación o indefensión del demandante frente al demandado, tal como sucede en el caso que se analiza en esta sentencia. Así mismo, la Corte Constitucional se ha referido en algunas sentencias a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, por ejemplo, en las sentencias T-689 de 2013. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-720 de 2014. MP. María Victoria Calle Correa; T-883 de 2014. MP. Martha Victoria Sáchica Méndez. A nivel doctrinal la discusión sobre la “constitucionalización del derecho privado” también ha sido ampliamente abordada por diversos autores nacionales, quienes, a pesar de tomar diferentes posturas sobre las ventajas o desventajas de la influencia del derecho constitucional en el derecho privado, coinciden en su mayoría en que este es un fenómeno innegable que se ha acentuado en nuestro país a partir de la Constitución de 1991. Al respecto se pueden consultar: José Ignacio Narváez García, “Derecho Mercantil Colombiano. Volumen I. Parte General”. Legis, 2002; Fernando Hinestrosa, “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”, Revista de Derecho Privado No. 5, 2000; Jaime Alberto Arrubla Paucar, “La constitucionalización del derecho privado”, Revista Nuevo Derecho. Vol. 5, No. 7, 201; Antonio Bohórquez Orduz, “De los negocios

jurídicos en el derecho privado colombiano. Generalidades contractuales. Volumen 2". Doctrina y ley, 2004; entre muchos otros. De igual manera, en la doctrina internacional también pueden consultarse diversos trabajos que abordan la cuestión de la "constitucionalización del derecho privado" y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Ver, por ejemplo: Hans Micklitz, "The Constitutionalization of European Private Law", Oxford, 2014; Hugh Collins, "On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law", <http://www.lse.ac.uk/law/working-paper-series/2007-08/WPS2012-07-Collins.pdf>; Aurelia Colombi Ciacchi, "The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice", European Review of The Contract Law, 2006, entre muchos otros.

[32] Corte Constitucional. Sentencia T-202 de 2000. MP. Fabio Morón Díaz.

[33] MP. Eduardo Montealegre Lynett. En esta Sentencia se analizó el caso de una persona a quien la Cooperativa a la que se encontraba asociada le descontaba gran parte de su pensión por una deuda que había adquirido con esta. El actor solicitó a la Cooperativa que se hiciera un cruce entre el total de sus aportes a la misma y el valor del crédito adeudado, pues el primero superaba al segundo, con el objeto de poder aumentar el saldo neto de su pensión y lograr una existencia digna, ya que recibía menos de un salario mínimo como pensión. La Cooperativa negó su solicitud porque de acuerdo al artículo 49 de la Ley 79 de 1988 y al contrato de asociación suscrito por el demandante, no es posible autorizar una compensación de cuentas por cuanto los aportes no pueden servir como medio de pago ya que tienen por función afianzar el capital cooperativo.

[34] MP. Alejandro Linares Cantillo. En esta Sentencia se analizó una controversia contractual originada por el no pago de un seguro de vida.

[35] En sentencia T-968 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa, la Corte estudió el caso del señor Salomón, quien con su esposa Raquel, contrataron los servicios de Sarai para que ésta última les alquilara el vientre para poder de esta manera tener un hijo. En la sentencia se reconoció que la legislación colombiana no tenía una regulación ni una prohibición expresa frente al tema. No obstante, se indicó que la doctrina consideraba necesaria una regulación exhaustiva y el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones como las siguientes: "(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos

que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros”.

[36] En sentencia T-629 de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez, la Corte analizó el caso de una trabajadora sexual quien se encontraba en estado de embarazo y reclamaba del dueño del establecimiento donde ejercía la prostitución todas las garantías laborales y prestacionales. Este tribunal precisó que la prostitución era una actividad lícita con límites estrechos y señaló: “Ningún tipo de trabajo sexual puede ser atentatorio de la libertad y de la dignidad humana de ninguno de los sujetos de la relación, incluida por supuesto la persona que ofrece el servicio. // Esta condición definitiva para el ejercicio de la libertad de disposición y autonomía privada, cobra mayor fuerza e importancia en la valoración del asunto, cuando los informes establecen cómo el trabajo sexual se ha ido relacionando de modo cada vez más estrecho con la trata de personas, el turismo sexual y en definitiva la prostitución forzada. Actividades que, las más de las veces, crean negocios con dividendos enormes para sus promotores y satisfacción para aquellos que se sirven de ellas, en contraste con la esclavitud e indefectible abuso y degradación humana de la persona “traficada” y en su caso prostituida. //De modo que plantearse la licitud de la prostitución en sus diversas manifestaciones, sólo puede ocurrir si se está partiendo del supuesto de que en su ejercicio media de modo íntegro y persistente la voluntad libre y razonada, en particular de la persona que vende el trato sexual”.

[37] En el caso Wackenheim V. Francia del año 2002, el Comité de Derechos Humanos de la ONU analizó un caso en donde el peticionario, una persona con enanismo, aducía que resultaba discriminatorio y violatorio del derecho al trabajo la prohibición establecida por el

Estado francés referente a la actividad de “lanzamiento de enanos”, llevada a cabo en bares y discotecas, la cual involucraba el lanzamiento del petitionario, por personas sin su discapacidad, sobre un colchón. El decreto que prohibía la actividad se fundamentaba en que era contraria a la dignidad humana y por consiguiente al orden público. El Comité de Derechos Humanos concluyó que la medida adoptada por el Estado era objetiva y razonable y no resultaba discriminatoria. Al respecto señaló: “En el presente caso la prohibición del lanzamiento enunciada por el Estado Parte se aplica únicamente a los enanos (según se señala en el párrafo 2.1). Sin embargo, si la exclusión se aplica a estas personas y no a otras, la razón de ello es que sólo los enanos son susceptibles de ser lanzados. Así pues, la distinción entre las personas afectadas por la prohibición, a saber, los enanos, y aquéllas a las que no se aplica dicha prohibición, a saber, las personas que no están aquejadas de enanismo, se funda en una razón objetiva y no reviste carácter discriminatorio. El Comité considera que el Estado Parte ha demostrado en el presente caso que la prohibición del lanzamiento de enanos tal y como lo practica el autor no constituye una medida abusiva, sino que es más bien una medida necesaria para proteger el orden público, en el que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana, que son compatibles con los objetivos del Pacto. Por consiguiente, el Comité concluye que la distinción entre el autor y las personas a las que no se aplica la prohibición enunciada por el Estado Parte se basa en motivos objetivos y razonables”.

[38] Sobre el recuento histórico de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, ver sentencia C-186 de 2011. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[39] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[41] Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[42] Ley 23 de 1982. Artículo 2. “Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras

expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas o las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”.

[43] Decisión 351. Artículo 1. “Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino”.

[44] Decisión 351. Artículo 4. “La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes: // f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento”.

[45] El artículo 34 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina también protege la autorización que deben otorgar los actores para que sus imágenes sean publicadas. Al respecto, el artículo 34 de la citada Decisión indica: “Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones”.

[46] La Corte precisa que en los debates en torno a la pornografía se excluyen los ámbitos de la pornografía que están claramente proscritos, como la pornografía infantil y la pornografía que se hace con personas que son objeto de explotación sexual o trata de personas. En Colombia diversas normas prohíben y penalizan estos eventos. En cuanto a la pornografía infantil, el artículo 218 del Código Penal establece: “El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de

actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. // Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro. / La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima”. Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia, indica en su artículo 20: “Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: (...) 4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad”. A su vez, mediante la Ley 679 de 2001, que fue adicionada y robustecida por la Ley 1336 de 2009, se expidió un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución. Por su parte, la trata de personas está tipificada como delito en el artículo 188A del Código Penal, el cual establece: “El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación. // El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”. Así mismo, por medio de la Ley 985 de 2005 se adoptaron diferentes medidas contra la trata de personas y se establecieron normas para la atención y protección de las víctimas de este delito.

[47] Catharine MacKinnon y Andrea Dworkin han sido algunas de las pensadoras más representativas del movimiento feminista anti-pornografía, para el cual la pornografía reproduce la opresión y violencia sexual en contra de las mujeres y está íntimamente ligada con la violación, por lo que no puede estar amparada bajo la libertad de expresión. Para MacKinnon “bajo la dominación masculina, cualquier cosa que excite a los hombres es sexo. En la pornografía, la violencia es el sexo. La pornografía no funciona sexualmente sin la jerarquización. Si no hay desigualdad, no hay violación; no hay dominación, no hay fuerza,

no hay excitación sexual”. (“La pornografía no es un asunto moral” en “Derecho y pornografía”. Siglo del Hombre Editores, 1996). También pueden consultarse, entre otros, los trabajos de Andrea Dworkin “Against the male flood: Censorship, Pornography, and Equality”. 8. Harv. Women’s Law J. 1, 1985 y “Pornography: Men Possessing Women”. Women’s Press, 1981.

[48] Para el movimiento feminista que defiende la pornografía, el discurso anti-pornografía cae en generalizaciones sobre los roles sexuales de hombres y mujeres y uniformiza la sexualidad de las mujeres. Aunque se reconoce que la sexualidad de las mujeres está atravesada por la violencia sexual en una sociedad patriarcal, no puede invisibilizarse el terreno del placer y de la libre elección sexual. Al respecto señala Carole Vance: “En la vida sexual de las mujeres la tensión entre el peligro sexual y el placer sexual es muy poderosa. La sexualidad es, a la vez, un terreno de constreñimiento, de represión y peligro, y un terreno de exploración, placer y actuación. Centrarse sólo en el placer y la gratificación deja a un lado la estructura patriarcal en la que actúan las mujeres; sin embargo, hablar sólo de la violencia y la opresión sexuales deja de lado la experiencia de las mujeres en el terreno de la actuación y la elección sexual y aumenta, sin pretenderlo, el terror y el desamparo sexual con el que viven las mujeres” (“El placer y el peligro: hacia una política de la sexualidad” en “Placer y peligro, explorando la sexualidad femenina”. Talasa Ediciones, 1989. También pueden consultarse otras autoras como Wendy McElroy (“A Feminist Defense of Pornography”, en Free Inquiry Magazine, Vol. 17 No. 4); Linda Gordon (“La búsqueda del éxtasis en el campo de batalla: peligro y placer en el pensamiento sexual feminista norteamericano del siglo XIX” en “Placer y peligro, explorando la sexualidad femenina”. Talasa Ediciones, 1989); Nadine Strossen (“Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women’s Rights”. Scribner, 1995), entre otras.

[49] La pornografía feminista ha sido impulsada por directoras de películas pornográficas como Erika Lust o Tristan Taormino y actrices como Vex Ashley y Amarna Miller.

[50] Al respecto se pueden consultar las sentencias Roth v. US (1957), Miller v. California (1973) y Paris Adult Theater I v. Slaton (1973) en las que la Corte Suprema de Estados Unidos estudió la constitucionalidad de leyes que regulaban o prohibían la distribución y exhibición de material pornográfico u obsceno.

[51] En referencia al nivel de consentimiento de los actores de la industria pornográfica, puede citarse el caso de la actriz Nikki Benz, quien afirmó en sus redes sociales que fue obligada, por la producción de una de las películas en las que participó, a realizar una escena que no quería grabar. Información disponible, entre otras, en: <https://www.publimetro.com.mx/mx/entretenimiento/2016/12/22/actriz-porno-nikki-benz-denuncio-violada-filmacion.html>

[52] Clare McGlynn e Ian Ward en “Pornography, Pragmatism, and Proscription” en el 2009 trataron el tema de necesidad de regulación en contenidos de extrema violencia dentro del entretenimiento para adultos; específicamente la discusión sobre si se debería criminalizar la posesión de pornografía con contenido de extrema violencia que, en ocasiones, pusiera en riesgo la vida de los intervinientes; información disponible en: <http://www.jstor.org/stable/25621977>

[53] En especial, Dawn A. Edick se ocupa de presentar los argumentos a favor y en contra de la regulación del contenido pornográfico en internet. Específicamente se presenta la tensión entre la necesidad de controlar el acceso a contenido “obsceno” de los niños que tienen acceso a internet, como miembro de la sociedad de información; y del otro costado, la libertad de expresión y de acceso a la información, que se considera coartado en caso de censura de contenidos. “Regulation of Pornography on the Internet in the United States and the United Kindom: A Comparative Analysis”, 1998. Información disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1243&context=iclr>

[54] La activistas Tristán Taormino y Amarna Miller han impulsado un movimiento para garantizar un “porno ético”, en el que se garanticen unas condiciones laborales dignas para las actrices y los actores de la industria pornográfica, como por ejemplo, recibir una remuneración acorde al trabajo que realizan, condiciones óptimas de higiene, acceso a la seguridad social y que su opinión sea valorada dentro de la producción, entre otros aspectos.

[55] En el caso Hustler Magazine v. Falwell de 1988, la Corte Suprema de Estados Unidos analizó si una entrevista ficticia, publicada en la revista Hustler, propiedad de Larry Flynt, vulneraba los derechos del reverendo Jerry Falwell. La revista aprovechó la publicidad que se estaba haciendo de la bebida Campari, donde varias personas famosas contaban cómo

había sido su primera experiencia al probar Campari, para realizar una entrevista simulada al reverendo. En esta confesaba que su primera experiencia sexual había sido con su madre en una letrina mientras estaban ebrios, sin embargo, en letra pequeña se añadía que era una parodia y que la entrevista no debía tomarse en serio. La Corte Suprema protegió la libertad de expresión e indicó que los personajes públicos están sujetos a ataques vehementes, satíricos y, en ocasiones, desagradables. Así mismo, resaltó la importancia de proteger la sátira y la caricatura en una sociedad democrática.

[56] Constitución Política. Artículo 20. “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. (...)”.

[57] Sobre la relación del consentimiento libre e informado con algunos derechos fundamentales, ver, entre otras, sentencias C-933 de 2007. MP. Jaime Araujo Rentería. A.V. Manuel José Cepeda Espinosa; C-313 de 2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. S.P.V. Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. A.V. Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos; C-405 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[58] La jurisprudencia constitucional ha señalado que la protección constitucional del derecho a la salud implica, entre otras cosas, garantizar el derecho del paciente a obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece. Por lo tanto, es necesario asegurar un consentimiento informado del paciente para que, una vez determinadas las alternativas existentes para su curación, tratamiento paliativo o mitigación del dolor y explicados los riesgos que con tales alternativas se generan, pueda decidir de modo libre y autónomo sobre la práctica del tratamiento o procedimiento prescrito. Ver, entre otras, sentencias SU-337 de 1997. MP. Alejandro Martínez Caballero; T-597 de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil; T-216 de 2008. MP. Humberto Antonio Sierra Porto; C-313 de 2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. S.P.V. Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. A.V. Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos; C-405 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[59] En sentencia T-294 de 2016 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio) la Corte indicó lo siguiente sobre el consentimiento informado en la prestación del servicio militar: “La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el consentimiento informado no consiste únicamente en la entrega de folletos informativos y formatos contentivos de datos que, en algunas ocasiones, los aspirantes a prestar el servicio militar pueden no comprender. En este sentido, no es suficiente que la información se brinde de forma mecánica o procedimental, sino que el funcionario a cargo debe evaluar el grado de comprensión y precepción del aspirante, lo que solo se presenta a través de una interacción abierta que reduzca las barreras de la comunicación que se presentan en los diferentes niveles educativos, culturales y socioeconómicos. // Por ello, las autoridades y funcionarios encargados de adelantar los procedimientos de incorporación deben verificar que los solicitantes comprendan verdaderamente las implicaciones de cumplir con dicho requisito y las diferencias de ingresar en una u otra categoría con mayor o menor grado de peligrosidad, toda vez que de no evidenciarse un consentimiento informado las incorporaciones en categorías diferentes a las correspondientes no serán válidas, y será procedente la modificación de la modalidad en que ingresó el aspirante so pena de vulnerar los derechos al debido proceso y a la igualdad del aspirante”. Al respecto ver también, entre otras, sentencias T-976 de 2012. MP. Alexei Julio Estrada y T-587 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.

[60] En sentencia T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) se señaló sobre el consentimiento para dar en adopción: “Concretamente, el consentimiento para dar en adopción debe, además de ser libre de vicios, es decir, exento de error, fuerza y dolo: reunir los siguientes requisitos: (i) ser apto, esto es, otorgado en un momento en cual la persona se encontraba en un estado anímico y emocional estable, fuera de alteraciones físicas o psicológicas o plenamente consciente de ellas, como se señaló en el apartado 7.2.4.2 y luego de haber tenido acceso al menor; (ii) ser amplia y debidamente informado, para lo cual los funcionarios competentes deben brindar toda la información necesaria para que quien va a dar en adopción pueda comprender plenamente el significado y las implicaciones concretas y precisas de su decisión como se anotó en el apartado 7.2.3 de esta sentencia. Para ello es preciso que se emplee un lenguaje claro e inteligible para la persona en cada caso y se le dé oportunidad de reflexionar y formular inquietudes al respecto; (iii) ser convenientemente asesorado, lo que implica que los funcionarios además de brindar información a la persona, deben ayudarle a usarla, y en general, acompañarla en la toma de

la decisión en especial respecto de las consecuencias jurídicas y prácticas de su acto y de las circunstancias en que está emitiendo su consentimiento así como de las alternativas que tiene a su alcance; y (iv) el consentimiento no puede darse en contraprestación de un beneficio económico”. Al respecto, ver también la sentencia C-741 de 2015. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[61] Sentencias T-696 de 1996. MP. Fabio Morón Díaz; T-787 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil; T-634 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa; T-050 de 2016. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. S.P.V. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

[62] En las diversas situaciones en las que la Corte Constitucional ha exigido un consentimiento informado se ha considerado que la ausencia de este implica el desconocimiento de la libertad en el consentimiento. Por ejemplo, en materia de procedimientos médicos, en la sentencia T-597 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil), en la que se analizaba la solicitud de un trasplante de médula para un menor, se indicó: “La importancia que tiene el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, como principio adscrito a nuestro ordenamiento constitucional, impone la necesidad de que sus decisiones sean producto de un consentimiento informado y cualificado. Estos dos elementos, que condicionan el consentimiento del paciente, le imponen a los médicos el deber de informarle y hacerle comprender los aspectos necesarios para que pueda tomar una decisión libre”. En la sentencia T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), relativa a la adopción de menores, dijo la Corte: “Toda persona es autónoma y libre para elegir y decidir cuál opción seguir, entre las diversas alternativas que se le presentan con relación a aquellos asuntos que le interesan. La obligación de garantizar el cumplimiento efectivo de estos principios, implica fijar condiciones especiales para la manifestación del consentimiento en los casos en que la expresión libre y autónoma de la voluntad, con relación a un ámbito celosamente protegido por la Constitución Política, depende de poder hacerlo en determinada oportunidad, de acuerdo con un conjunto de conocimientos específicos o con base en el uso de ciertas habilidades”. En esta misma sentencia precisó la Corte que el consentimiento de la madre que va a dar en adopción a su hijo “no sólo debe ser libre por no ser producto de la fuerza, el engaño o el error, deber ser libre también por no ser fruto principalmente de la presión social, de la presión económica, de la ignorancia o de la desesperación transitoria”. De igual manera, en materia de prestación del servicio militar, en la sentencia T-587 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa) se estudió un caso

en el que un joven había sido reclutado para prestar el servicio militar, a pesar de ser hijo único, pero habiendo firmado un documento en el que declaraba no tener tal condición. En esta oportunidad indicó la Corte: “la declaración consignada en el documento denominado freno extralegal, firmado por Román David Rosero, no recoge una manifestación libre y autónoma del joven, en tanto no consta dentro del proceso que la autoridad accionada haya brindado la información necesaria que le permitiera de manera libre y mediante un diálogo en el cual se indicaran las consecuencias que traía tal afirmación, manifestar su condición de hijo único y no firmar un documento en el que niega tal calidad”.

[63] Constitución Política. Artículo 333. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley (...).”

[64] Las cifras indican que el consumo de pornografía es sustancialmente mayor en hombres que en mujeres. Pornhub es una de las páginas de pornografía gratuita más visitada en el mundo y emite periódicamente estadísticas sobre la búsqueda de pornografía en dicha página. Según estos datos, en el año 2017 tan sólo el 26% de visitantes a nivel mundial de la página eran mujeres, mientras que en Colombia las estadísticas del año 2015 arrojaron que, del total de visitantes de la página, el 24% eran mujeres y el 76% hombres. Tomado de: <https://www.pornhub.com/insights/2017-year-in-review> y <https://www.pornhub.com/insights/pornhub-colombia>. Pornhub es la tercera página pornográfica más visitada en América Latina y en el año 2017 tuvo un promedio de 81 millones de visitantes diarios. Tomado de: <https://www.latamclick.com/paginas-porno-mas-visitadas-2017/>.

[65] Por ejemplo, Amarna Miller, activista del “porno feminista” y del “porno ético” señala sobre la estigmatización que sufren las actrices pornográficas: “Hay que empezar a pensar que no todo el mundo que trabaja en la industria lo hace porque no tiene otra opción. Dejar de pensar que este es un trabajo tan indigno, tan degradante, que alguien sólo lo haría porque no tiene otra opción. Esto nos invisibiliza a los que nos dedicamos a ello por decisión propia. Especialmente si eres mujer, porque el hombre que se dedica a la pornografía es un casanova, un macho alfa, alguien socialmente respetado, mientras que la actriz porno es una guarra, una persona que está usada, que nunca va a encontrar marido, que va a estar manchada el resto de su vida. // Esto tiene que ver con la moral judeocristiana que dice que

las mujeres tenemos que guardar nuestra flor, nuestro cuerpo, nuestra virginidad, para nuestro hombre, sin entender que las mujeres también somos entes sexuales y también queremos disfrutar de nuestra sexualidad de una forma tan libre como los hombres". Tomado de:

<http://www.eltiempo.com/cultura/gente/la-actriz-porno-que-promueve-el-porno-etico-111920>.

[66] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[67] En el ámbito del derecho comercial, se explicó en la sentencia T-222 de 2004 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), que la situación de desigualdad negocial se suple, entre otros aspectos, con garantías que rodean el proceso de negociación y con cargas impuestas a las partes, como el deber de oferta de información suficiente, tal como ocurre en el mercado público de valores. Esta posición fue reiterada en la sentencia T-160 de 2010 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), en la que se ordenó a una agencia de modelaje dar por terminado el contrato de representación de modelos suscrito con la accionante, al que la demandada se negaba a dar por terminado, lo que le impedía a la peticionaria trabajar como modelo en otras agencias.

[68] Al respecto, en la citada sentencia T-222 de 2004 se señaló: "En el plano constitucional estas distintas situaciones de desigualdad inicial tienen consecuencias distintas. En los ámbitos que ordinariamente funcionan sobre la base de un modelo de igualdad formal, la posibilidad de que las condiciones de igualdad negocial se tornen en asuntos de relevancia constitucional es reducida. Por el contrario, cuando se trata de espacios en los cuales la desigualdad negocial se torna en elemento central para la definición de las modalidades contractuales y la definición de cargas, la posibilidad de que el asunto sea considerado en clave constitucional aumenta".

[69] La Corte reconoce que la manera de asegurar el consentimiento informado y las garantías que se otorguen para este fin pueden variar dependiendo de la persona que se contrata. En efecto, no es posible asimilar la situación de una persona que lleva un largo tiempo trabajando en la industria pornográfica, con el caso de una persona que recién está incursionando en este campo, pues sobre la primera se presume su conocimiento sobre ciertos aspectos del funcionamiento de esta industria, mientras que la segunda carece de

estos conocimientos y de información suficiente que le permita comprender el impacto del registro y la distribución de su imagen en contenidos audiovisuales pornográficos.

[70] Sentencia T-634 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa. En esta sentencia se indicó que el consentimiento para el uso de su imagen que había otorgado la accionante había sido incompleto “porque autorizó un uso general de la misma que no incluyó su consentimiento acerca de las finalidades del uso publicitario de su imagen”.

[71] Sentencia C-741 de 2015. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta sentencia se analizó si resultaba constitucional que la ley estableciera que, a efectos del consentimiento para dar en adopción, se entendería la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido alguno de estos, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental.

[72] La Corte Constitucional se ha referido en varias oportunidades a los riesgos que los nuevos escenarios digitales plantean para los derechos fundamentales. Al respecto ha señalado: “Si bien los espacios desarrollados en internet generan un constante intercambio de ideas y fomentan la participación e información, cuyos beneficios redundan en temas como el fortalecimiento de la libertad de expresión, hay peligros potenciales que devienen del uso de esta herramienta, ya que no existen barreras de tipo geográfico o normativo suficientes para combatir los abusos. Está claro que la protección de los derechos fundamentales se hace necesaria en escenarios virtuales por la multiplicidad y las características de las plataformas que se encuentran alojadas en internet” (Sentencia T-725 de 2016. MP. Aquiles Arrieta Gómez). Sobre la protección de los derechos fundamentales frente al ejercicio de actividades a través de Internet y el control de los cybermedios, también pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: T-713 de 2010. MP. María Victoria Calle Correa. SV. Mauricio González Cuervo; T-260 de 2012. MP. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Luis Ernesto Vargas Silva; T-040 de 2013. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. Alexi Egor Julio Estrada; T-277 de 2015. MP. María Victoria Calle Correa. SV. Mauricio González Cuervo; T-050 de 2016. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[73] Sentencia T-510 de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. La Corte Constitucional también se ha referido a la necesidad de que el consentimiento sea persistente, con el fin

de que la persona pueda reflexionar sobre la decisión que va a tomar y las implicaciones que tiene, en el tema del consentimiento sustituto que otorgan los padres en los casos de reasignación de sexo. Ver, por ejemplo: sentencias T-1021 de 2003. MP. Jaime Córdoba Triviño; T-622 de 2014. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[74] La jurisprudencia constitucional ha considerado que en ciertos casos el consentimiento no sólo debe ser informado sino también cualificado, en “casos en los que no basta con brindarle la información necesaria a la persona para que pueda decidir consciente y libremente, puesto que es preciso considerar aspectos adicionales respecto a la oportunidad para manifestarse, a la manera como la información debe ser presentada, o a la forma como la voluntad debe ser expresada” (sentencia T-510 de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa). El consentimiento cualificado puede implicar entonces ciertas formalidades, como por ejemplo, que la manifestación de la voluntad conste por escrito, o que la manifestación de la voluntad sea persistente, para lo cual puede imponerse la obligación de reiterar el asentimiento después de que haya transcurrido un período razonable de reflexión (Sentencias C-405 de 2016 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[75] En sentencia T-222 de 2004 (MP. Eduardo Montealegre Lynett) se indicó que la intervención del juez constitucional puede ser más intensa cuando se trata de garantizar las condiciones de contratación. Al respecto se dijo: “La efectiva protección de la libertad de contratación demanda que las personas tengan claros los límites a su ejercicio. Sólo de esta manera es posible que el ejercicio de esta libertad se despliegue con todo el vigor que le es propio. De ahí que la intervención del juez constitucional se admita con mayor intensidad para controlar las condiciones de contratación, pues con ello se logran mayores niveles de certeza sobre los mencionados límites”.