

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO  
USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**El derecho de autor versus el derecho de imagen: ¿Qué  
derecho prima con respecto al uso de determinadas obras  
artísticas?**

**Analía Andrade de Piérola**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de  
Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2020

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:                      Analía Andrade de Piérola

Código:    00136628

Cédula de identidad:                      1716366974

Lugar y fecha:                                      Quito, 20 de noviembre de 2020

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

# EL DERECHO DE AUTOR VERSUS EL DERECHO DE IMAGEN: ¿QUÉ DERECHO PRIMA CON RESPECTO AL USO DE DETERMINADAS OBRAS ARTÍSTICAS?<sup>1</sup>

## COPYRIGHT VERSUS IMAGE RIGHT, WHAT RIGHT PREVAILS REGARDING THE USE OF CERTAIN ART WORKS?

Analía Andrade de Piérola<sup>2</sup>  
[analia.adp@gmail.com](mailto:analia.adp@gmail.com)

### RESUMEN

La determinación respecto del uso de una obra artística en la que aparece la efigie de una persona puede desencadenar un conflicto legal cuando el derecho de autor colisiona con el derecho de imagen del efigiado. En vista de que ambos derechos tienen el mismo rango legal y protegen características innatas del individuo, el objetivo del presente trabajo fue ponderar y hacer un análisis comparativo y dogmático de los respectivos derechos para determinar cuál prevalece.

Se estableció que ambos protegen bienes jurídicos diferentes: el derecho de imagen tutela la identidad y el derecho de autor protege la capacidad creativa de una persona. Por tanto, en el supuesto de la colisión respecto al uso de la obra, se concluyó que en la fotografía, pintura y escultura prima el derecho de imagen. Esto principalmente porque la identidad de un sujeto tiene mayor trascendencia jurídica que la creatividad.

### PALABRAS CLAVE

Derecho de autor / Derecho de imagen/  
Colisión de derechos /Ponderación/  
Identidad

### ABSTRACT

The determination regarding the use of an artwork in which the effigy of a person appears can trigger a legal conflict when the copyright collides with the image right of the effigy. In view of the fact that both rights have the same legal status and protect innate characteristics of the individual, the objective of this work was to weigh and make a comparative and dogmatic analysis of the respective rights to determine which one prevails.

In the research, it was established that both rights protect different legal assets: the right of image protects the identity, and the copyright protects the creative capacity of a person. Therefore, in the event of a collision regarding the use of the use of the artwork, it was concluded that in photography, painting and sculpture the right of image prevails. This mainly because the identity of a subject has greater legal significance than creativity.

### KEYWORDS

Copyright/ Image rights/ Weighting of rights/ Collision of rights/ Identity

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Dra. María de los Ángeles Lombeyda Araujo.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. LEY Y TEORÍA APLICABLE.- 3. ESTADO DEL ARTE.- 4. DERECHO DE IMAGEN Y DERECHO DE AUTOR COMO DERECHO CONSTITUCIONAL.- 5. DERECHO DE IMAGEN Y DERECHO DE AUTOR EN LA LEGISLACIÓN.- 6. PONDERACIÓN DE DERECHO DE IMAGEN Y DERECHO DE AUTOR.- 7. CONCLUSIONES.

### 1. Introducción

En Ecuador, el derecho de autor (DA) y el derecho de imagen (DI) son derechos constitucionales que se caracterizan por ser innatos a cada ser humano. Es tal su relevancia jurídica que ambos tienen un mismo rango legal y están amparados por varios instrumentos internacionales. No obstante, cuando estos derechos colisionan surge un problema. Podría ser el caso cuando un artista crea una pintura en la que retrata a una persona, y al momento en que el artista le quiera dar un uso, el efigiado no esté de acuerdo con el uso que el artista le quiere dar. ¿Qué sucede en una situación como esta? ¿El artista puede hacer uso de su creación aunque el efigiado de la obra no acepte?

La presente situación es el punto de partida de este trabajo. Es necesario analizar hasta qué punto debe ser protegido el DA cuando hay de por medio la imagen de una persona. Dicho de otro modo, en determinadas obras artísticas en las que aparece la imagen de una persona, ¿qué derecho prima con respecto a la decisión del uso que se le dé a la obra?: el derecho de autor que posee el artista o el derecho de imagen de la persona retratada?

La solución del problema es compleja puesto que, aunque el DA y el DI tienen el mismo rango legal, uno de los derechos tendrá que ceder, perjudicando a su titular. El componente clave para la solución es identificar los bienes jurídicos que cada derecho tutela y ponderarlos.

Es importante especificar que en el estudio se considerará como obras a las fotografías artísticas (descartando a las meras fotografías), las pinturas y las esculturas que estén conformadas por la imagen de una persona. Asimismo, se analizará en términos generales el *uso* de la obra, sin apuntar a un tipo de uso específico. Estos usos se pueden referir a la comunicación pública de la obra, a la disposición del público, a la adaptación de la misma, entre otros. Sin embargo, se excluyen los usos con fines de lucro.

Este es un tema relevante para Ecuador ya que no existe una respuesta concreta frente a qué derecho prima cuando hay una colisión de esta naturaleza ni una norma expresa, apenas existe una ley referida a las fotografías, pero solo cuando su uso será

comercial. Esto genera inseguridad jurídica tanto para el efigiado como para el autor de la obra. En un amplio sentido, este vacío normativo causa que tanto el derecho constitucional del retratado, como el derecho constitucional del artista estén vulnerados, y se necesita una legislación para que clarificar el escenario. Además, en la actualidad, con los avances de la tecnología, la difusión de las imágenes es tan rápida y eficaz, que, en caso de vulnerarse el DI, la vulneración sería agravada, hecho que se podría evitar si existiera una regulación.

La metodología utilizada en el presente trabajo tiene un propósito comparativo, analítico y dogmático. El objetivo es hallar, conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano, qué derecho prima entre el DA y el DI cuando existe una colisión respecto de cómo se usa una obra artística en la que aparece la imagen de una persona. Para ello se recurrirá al método de ponderación de derechos consagrado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo tercero<sup>3</sup>.

## **2. Ley y teoría aplicable**

### **2.1. Marco normativo**

Existe una amplia normativa nacional e internacional referente a los DI y a los DA. Por un lado, se encuentra la Constitución de la República del Ecuador<sup>4</sup> (CE), que los reconoce como derechos fundamentales. Dentro de los tratados y convenios internacionales se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual señala que tanto el DI como el DA son derechos que tienen todos los individuos<sup>5</sup>, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>6</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles Políticos (PIDESC)<sup>7</sup>, el Convenio de Berna para Protección de Obras Literarias y Artísticas<sup>8</sup>, y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual<sup>9</sup> (OMPI) sobre DA. Además, en la legislación

---

<sup>3</sup> Artículo 3, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2019, última modificación de 22 de mayo de 2016.

<sup>4</sup> Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 14 de febrero de 2018.

<sup>5</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, Registro Auténtico 1948, de 10 de diciembre de 1948.

<sup>6</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], San José, Documento Institucional 1969, Convenio 36, adoptado del 7 al 22 de noviembre de 1969, en vigencia desde el 18 de julio de 1978, ratificada por Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

<sup>7</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles Políticos [PIDESC]. R.O. 101, Decreto Ejecutivo 37, de 24 de enero de 1969.

<sup>8</sup> Convenio de Berna para Protección de Obras Literarias y Artísticas, R.O. 844, de 2 de enero de 1992, reformado por última vez el 15 julio de 1991.

<sup>9</sup> Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, R.O. 711, de 25 de noviembre de 2002, reformado por última vez el 7 de junio de 2000.

nacional y comunitaria existe el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCI)<sup>10</sup> y la Decisión del Acuerdo de Cartagena 351<sup>11</sup>, las cuales establecen la relación entre los diferentes derechos de propiedad intelectual (PI), y los derechos de imagen.

Además, para el análisis jurídico del presente artículo se examinará derecho comparado, específicamente con España y Argentina, para tener un referente con el cual contrastar la situación.

Finalmente, se tomará en cuenta jurisprudencia destacada que ha marcado un precedente respecto del DI y el DA. La sentencia *Palamara Iribarne vs. Chile*<sup>12</sup>, en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) establece que el DA es un derecho humano (DH) puesto que protegen el libre pensamiento de cada persona. La sentencia *Von Hannover c. Alemania*, en la que la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) determina que el DI comprende elementos que hacen referencia a la identidad de una persona, que tienen un contenido propio y que protegen a la vida privada de la persona<sup>13</sup>.

## **2.2. La teoría de ponderación de derechos humanos y derechos personalísimos en la propiedad intelectual**

Este trabajo pretende plantear cómo ponderar, en el ámbito de la PI, dos derechos humanos (DD.HH.), siendo uno de ellos además un derecho personalísimo. Es decir, el tema central es tratar al DI como derecho personalísimo y al DA solo como DH, y examinar cómo ambos son tratados en la PI. Los DI son personalísimos ya que son “privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical”<sup>14</sup>. Además, estos son DD.HH. bajo la teoría del libre desarrollo de la personalidad, la cual garantiza que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación [COESCI], R.O. Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016.

<sup>11</sup> Decisión del Acuerdo de Cartagena 351, Regimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, R.O. 366 de 25 de enero de 1994.

<sup>12</sup> Palarma Iribarne c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005, párr. 72, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_135\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_135_esp.pdf)

<sup>13</sup> Von Hannover c. Alemania, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia, 24 de junio 2004.

<sup>14</sup> Santos Cifuentes, *Derechos personalísimos* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995).

<sup>15</sup> Ricardo Antequera Parilli, *Derechos Intelectuales y Derecho a la Imagen en la Jurisprudencia Comparada* (Madrid: Reus S.A, 2012), 377.

Asimismo, el DA es un DH, pues la obra creada por un individuo es la “[e]xpresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible [...]”<sup>16</sup>. Por tanto, se acoge la teoría de la libertad de expresión, en la que cada individuo tiene derecho a expresar sus ideas y pensamientos de cualquier manera. Igualmente, el autor tiene plena propiedad sobre su obra ya que es fruto de su creatividad, talento y expresión.

Sin embargo, aun cuando el autor sea titular de su obra, si esta incluye o está compuesta por la efigie de un tercero, no se puede dejar de lado el derecho personalísimo de la imagen. En otras palabras, el DA involucra una creación del ser humano, mientras que el DI es la propia vida del ser.

### 3. Estado del arte

Existen diversas posturas doctrinales sobre qué derecho prima cuando el DI y el DA colisionan, que han significado un adelanto a este problema jurídico. Algunos juristas consideran que el DI está sobre el DA. Esta perspectiva se desarrolla a partir de que el DI se ha catalogado como derecho personalísimo, y como lo señala Santos Cifuentes, así la imagen sea parte de una obra originalísima, debe ser protegida ya que la obra de arte no descoloca a los derechos personalísimos<sup>17</sup>. En la misma línea, José Ramón de Verda y Beamonte señala que el DI protege a la figura e identificación de cada ser humano, y por tanto el individuo tiene la facultad de impedir al artista que capte, reproduzca o publique su imagen<sup>18</sup>. Este argumento ha sido apoyado por Alejandro Villanueva Turnes quien supone que el DI, al ser ineludiblemente unido a la dignidad personal, es una garantía constitucional que prima sobre otras<sup>19</sup>. Asimismo, Rosario Mattera menciona que el artista de una obra no es el dueño de la imagen, ya que la exclusiva propiedad pertenece a la persona fotografiada<sup>20</sup>. Sobre esta percepción de que el autor no posee plena exclusividad sobre la obra, Elena Vicente Domingo ha acotado y considera que el DI constitucionalmente tiene una prevalencia respecto de la creación, pues los autores tienen

---

<sup>16</sup> Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos* (Zavalia: Ediciones Unesco Cerlalc, 1993).

<sup>17</sup> Santos Cifuentes, *Derechos personalísimos* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995), 522.

<sup>18</sup> José Ramón de Verda y Beamonte. “Derecho a la Propia Imagen y Libertades de Información y de Expresión”, *Juris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 15 (2013) 12-31.

<sup>19</sup> Alejandro Villanueva Turnes, “El Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, y su Choque con el Derecho a la Libertad de Expresión y de Información en el Ordenamiento Jurídico Español”, *Revista Dikaion*, 25, 2 (2016), 190-215.

<sup>20</sup> Marta del Rosario Mattera, “Derechos personalísimos: Afectación simultánea de imagen e identidad (precedentes jurisprudenciales y doctrinarios y el nuevo ordenamiento)” en *Estudios de Derecho Privado su visión en el nuevo código civil y comercial de la nación* (Buenos Aires: Asociación de Docentes UBA 2016), 215-238.



que ceder ya que el DA tienen como límite el derecho de los otros<sup>21</sup>. Finalmente, a este criterio se unió Carles Vendrell, quien señala que los derechos de la personalidad son inexpropiables<sup>22</sup>.

Contrario a este concepto, se encuentran aquellos juristas que consideran que el DA protege al artista para que haga libre uso de su obra sin necesidad del consentimiento por parte del retratado. Entre ellos está Eduardo Calero Jaramillo, quien considera que el DA está sujeto al derecho de la libertad de expresión y a la dignidad humana, pues el arte es una cuestión intrínseca de la especie humana caracterizada por su función antropológica comunicacional. Por esto sostiene que si los artistas no son libres de usar su obra, se violenta a la propia naturaleza humana<sup>23</sup>.

Hay otras perspectivas, como la de Ricardo Antequera, quien sostiene que la prevalencia de uno u otro derecho dependerá del caso concreto, analizando las circunstancias concurrentes<sup>24</sup>. Concordante es la posición de Miguel Ángel Encabo Vera, quien menciona que sí es posible usar una obra sin el consentimiento de aquellos involucrados en ella, pero para esto habría que encontrar el amparo en otro derecho fundamental para examinar los derechos que tutelan a la persona involucrada en la obra y aquellos que amparan a la persona que hace su uso<sup>25</sup>. Sobre la misma postura se encuentra Wendy Elizabeth Chávez, quien argumenta que el predominio del derecho de autor o del derecho de imagen dependerá de la obra. Ella menciona que la protección del DA depende de la forma de creación de su obra, pues obras como la pintura y la escultura resultan de la espiritualidad del autor, por lo que este tiene una amplia libertad de decisión sobre su obra, a diferencia de la fotografía, que reproduce algo ya existente del mundo real<sup>26</sup> y, por tanto, en estas obras el creador no tiene exclusividad plena sobre la decisión de su obra. Este último tema que analiza los diferentes matices en las obras con respecto a su nivel de creación ha sido previamente desarrollado por Delia Lypszyc<sup>27</sup> y Manuel

---

<sup>21</sup> Elena Vicente Domingo, “Las personas fotografiadas, Derecho a la Imagen y Propiedad Intelectual” en *Fotografía y Derecho de Autor* (Madrid: Reus, 2008) 77-122.

<sup>22</sup> Carles Vendrell Cervantes, *El Mercado de los Derechos de Imagen* (Pamplona: Thomson Reuters ARANZADI, 2014).

<sup>23</sup> Eduardo Calero Jaramillo, *Cultura, arte y libertad en el constitucionalismo ecuatoriano* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020).

<sup>24</sup> Ricardo Antequera Parilli, *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada* (Madrid: Reus S.A, 2012).

<sup>25</sup> Miguel Ángel Encabo Vera, *Derechos de la Personalidad* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012).

<sup>26</sup> Wendy Elizabeth Chávez Gutiérrez, “La falta de criterios dentro del ordenamiento jurídico peruano respecto del concepto de «originalidad» aplicado a la protección de los derechos de autor sobre imágenes fotográficas”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 73, (2014), 587-623.

<sup>27</sup> Delia Lypszyc, *Derecho de autor y derechos conexos* (París: Zavalia, 1993).

Pachón<sup>28</sup>. Por tanto, la primacía de derechos entre DI y DA varía dependiendo del tipo de obra y es por eso que se tiene que analizar caso por caso.

#### **4. Derecho de imagen y derecho de autor como derecho constitucional**

Como se determinó al inicio, el DI y el DA están recogidos por la CE, y por ende son derechos fundamentales. Esta clase de derechos, tal como los define Ferrajoli, “[...] no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes [...]”<sup>29</sup>. Es decir, se trata de derechos, inalienables, inviolables e irrenunciables que gozan del máximo nivel de protección. Más allá de que estos derechos estén reconocidos por la CE, lo que les da primacía frente a otros es que tienen la categoría de DD.HH. Si se indaga en su naturaleza se entiende que ambos protegen a la dignidad de la persona. Es así que se afirma que ambos derechos tienen un mismo rango. Cabe especificar que en Ecuador no existe una categoría legal que los encasille como tal a los derechos personalísimos, sino que cada uno de ellos es reconocido por la CE independientemente. Es así que estos derechos no comprenden una jerarquía superior a los derechos fundamentales.

Al igual que sucede en Ecuador, España también incluye en su Constitución la protección al DI y al DA en los artículos 10, 18 y 20<sup>30</sup>. La Constitución española es la única en este análisis que en su artículo 20 al proteger al DA pone una excepción en su numeral cuarto, el cual prescribe que la libertad de la creación artística tiene su límite en el respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen<sup>31</sup>. En Argentina, la

---

<sup>28</sup> Manuel Pachón Muñoz, *Manual de Derechos de Autor* (Bogotá: Temis, 1988).

<sup>29</sup> Sebastián Contreras, “Ferrajoli y los Derechos Fundamentales”, *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)* 16 (2012), 125.

<sup>30</sup> Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, núm, 311, del 29 de diciembre de 1978.

<sup>31</sup> Artículo 20, Constitución Española, 1978. “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. [...] 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título [...] especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen”.

Constitución solo protege al DA en su artículo 17<sup>32</sup>, y el DI está protegido por el Código Civil y Comercial (CCyC), en sus artículos 53<sup>33</sup> y 55<sup>34</sup>.

#### 4.1. Derecho a la imagen en la Constitución ecuatoriana

El DI está estipulado en el artículo 66 numeral 18 de la Constitución dentro del capítulo de derechos de libertad. Este señala que “se reconoce y garantiza a las personas el derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona”<sup>35</sup>. En otras palabras, la Constitución reconoce al DI como una expresión del derecho a la libertad que se asocia con el derecho al honor. Sin embargo, la redacción de este artículo puede acarrear a una falsa percepción del DI, ya que no necesariamente el DI es parte del derecho al honor. Puede ocurrir que mediante una fotografía se vulnere al DI de una persona mas no a su honor. Por lo tanto, lo que la Constitución protege es a la figura humana, es decir, a un atributo de la personalidad, dado que la imagen es un elemento básico para la identificación de cada ser humano<sup>36</sup>.

De igual forma, el DI está consagrado en el artículo 66 numeral 5 de la CE que ampara al libre desarrollo de la personalidad. Como explica Ricardo Antequera: “[e]l Derecho de Imagen se ubica dentro del ámbito de protección que depara el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad por ser el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo”<sup>37</sup>. Bajo este concepto, el DI se encasillaría como derecho personalísimo dado que se origina con la existencia de la persona y es inherente a cada uno<sup>38</sup>. Como resalta Santos Cifuentes, “[l]a imagen vendría a ser el envase de la identidad personal, de la espiritualidad, del *alter ego* propio, por lo cual forma una

---

<sup>32</sup> Artículo 17, Constitución de la Nación de Argentina, Boletín Oficial 23 de agosto de 1994. “[...] todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley [...]”.

<sup>33</sup> Artículo 53, Código Civil y Comercial de la Nación, Decreto 1795/2014, del 2 de octubre de 2014. “Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento [...]”.

<sup>34</sup> Artículo 55, Id. “El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”.

<sup>35</sup> Constitución de la República del Ecuador, R.O 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 14 de febrero de 2018.

<sup>36</sup> José R. Deverda y Beamonte. “Derecho a la propia imagen y libertades de información y de expresión”, *Rev.Boliv. de derecho* 15, (2013), 10-29.

<sup>37</sup> Ricardo Antequera Parilli, *Derechos Intelectuales y Derecho a la Imagen en la Jurisprudencia Comparada*, 379.

<sup>38</sup> Alejandro Villanueva- Turnes. “El Derecho al Honor, a la Intimidad y a a Propia Imagen, y su choque con el Derecho a la Libertad de Expresión y de Información en el Ordenamiento Jurídico Español”, *Dikaion*, 25, 2, (2016), 190-215.

manifestación personalísima<sup>39</sup>. Por lo dicho, el DI garantiza a cada individuo su facultad exclusiva de decidir qué información física de su persona puede ser plasmada y el alcance de su utilización<sup>40</sup>.

#### **4.1.2. Derecho a la imagen como derecho humano**

El DI es un DH por ser una emanación de la propia persona<sup>41</sup>. Sin ser explícito, la Declaración Universal de Derechos Humanos, así lo consta en su artículo 22, que prescribe que todo miembro de la sociedad tiene derecho a la satisfacción de aquello que es indispensable de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad<sup>42</sup>. De igual forma, la CADH en su artículo quinto protege el derecho a la integridad personal y física y en su artículo 11 a la dignidad<sup>43</sup>. Además, el TEDH estableció que el DH a la vida privada “[c]omprende elementos que hacen referencia a la identidad de una persona tales como su derecho a la imagen”<sup>44</sup>. Sobre esto existe jurisprudencia del TEDH en el caso *Von Hannover c. Alemania*, que dictó que el DI hace que se hagan efectivos dos DD.HH.: el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a una vida privada<sup>45</sup>.

De todas maneras, aunque el DI sea un DH, fundamental y personalísimo, no es absoluto, ya que su contenido está delimitado por otros derechos y bienes constitucionales trascendentales para el bien social<sup>46</sup>.

#### **4.2. Derecho de autor en la Constitución ecuatoriana**

El DA está contemplado en la Constitución en el artículo 22, que protege el desarrollo de la capacidad creativa y los derechos morales y patrimoniales que corresponden a los autores por sus producciones<sup>47</sup>.

---

<sup>39</sup> Santos Cifuentes, *Derechos personalísimos*, 507.

<sup>40</sup> Sentencia No. 91/2017, No. de procedimiento 3361/2015, Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sala de Casación, 15 febrero de 2017, párr. 30.

<sup>41</sup> Ricardo Antequera Parilli, *Derechos Intelectuales y Derecho a la Imagen en la Jurisprudencia Comparada*, 379.

<sup>42</sup> Artículo 22, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Registro Auténtico 1948, de 10 de diciembre de 1948.

<sup>43</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Documento Institucional 1969, Convenio 36, 22 de noviembre de 1969.

<sup>44</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Demanda 59320/2000). Sentencia de la Sección 3ª (24-6-2004). En Ricardo Antequera Parilli, *Derechos Intelectuales y Derecho a la Imagen en la Jurisprudencia*, 377.

<sup>45</sup> *Von Hannover c. Alemania*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia, 24 de junio 2004, párr. 2.

<sup>46</sup> Antonio Cabanillas Sánchez. “Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario del Derecho Civil*, 1483, [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2006-30146901584\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_SentenciasLos](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-30146901584_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_SentenciasLos)

<sup>47</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2018.

Igualmente, el artículo 66, numeral 6 de la Constitución, garantiza los derechos de libertad de expresión en todas sus formas y manifestaciones<sup>48</sup>, entendiéndose comprendido entre dichas manifestaciones al DA, ya que la obra es una forma de expresión del interior del autor. Así lo manifiesta el argentino González Girodo:

“[d]ebería hablarse hoy del derecho a la ‘autoría artística’ como aquel derecho encontrado potencialmente en la persona humana, de tipo personalísimo protectorio de la dignidad y la integridad espiritual, y que regula el derecho constitucional a ‘expresarse libremente’ siempre que el resultado de dicha expresión sea una creación artística. Atento esa íntima conexión entre el individuo y su creación”<sup>49</sup>.

González propone que el DA en Argentina no debería limitarse a proteger solo la obra, sino que su objeto de protección debería ser el talento creativo del artista. Si fuera así, este debería ser considerado un derecho personalísimo porque su bien jurídico protegido sería una cualidad innata y descriptiva de cada ser humano. Sobre este punto, en Ecuador la CE se extiende y no solo protege al DA por la creación de la obra, sino que justamente en su artículo 22 y 66 protege al DA por el desarrollo de su capacidad creativa y por su libertad de expresión. Estos dos aspectos que reconoce la CE son cualidades atributivas de cada ser humano. Por consiguiente, bajo la tesis de González Girodo, el DA en Ecuador sí podría ser considerado un derecho personalísimo. No obstante, esta es solo una propuesta, pero es interesante examinarla.

#### **4.2.1. Derecho de autor como derecho humano**

El DA es un DH reconocido en múltiples instrumentos internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 27 protege los intereses morales y materiales que le correspondan a los autores e igualmente en su artículo 19 se reconoce a la libertad de expresión por cualquier medio<sup>50</sup>. Asimismo, el PIDESC, incluye a la libertad del DA como DH pero la restringe cuando sea pertinente asegurar el respeto a los derechos de los demás<sup>51</sup>. La CADH en su artículo 13<sup>52</sup> también protege al DA de

---

<sup>48</sup> Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>49</sup> Matías González Girodo, “Derecho de Autor: ¿Propiedad Intelectual o Derecho Personalísimo a la Autoría Artística?”, *Cartapacio de Derecho*, 32, (2017), 12.

<sup>50</sup> Artículo 19 y 27, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Registro Auténtico 1948, de 10 de diciembre de 1948.

<sup>51</sup> Artículo 19, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles Políticos. R.O. 101, Decreto Ejecutivo 37, de 24 de enero de 1969.

<sup>52</sup> Artículo 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Documento Institucional 1969, Convenio 36, 22 de noviembre de 1969. “Libertad de Pensamiento y de Expresión.-1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir

igual forma que la Declaración Universal de DD.HH. Sobre esto, la Corte IDH se ha pronunciado en la sentencia *Palamara Iribarne vs. Chile*, en la que resolvió que el derecho de libertad de pensamiento es un DH cuando el autor plasma su idea en una obra artística: “[l]a expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, por lo que se debe garantizar efectivamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”<sup>53</sup>. Dicho de otra forma, el DA es un DH puesto que protege la creación como un resultado del ingenio humano.

## 5. Derecho de imagen y derecho de autor en la legislación

El DI es la facultad que tiene cada sujeto de decidir sobre la utilización que se hace de su imagen por cualquier medio ya sea para prohibir su captación o divulgación, o para permitirla<sup>54</sup>. El alcance del DI es proteger aquellas imágenes que hacen reconocible e identificable a una persona determinada dado que para que sea un derecho personalísimo debe estar en juego la identidad<sup>55</sup>. Este derecho tutela las imágenes cuando de modo evidente y sin sospecha se reconoce al sujeto<sup>56</sup> por su aspecto físico, o por estar junto con otros datos complementarios y circunstanciales<sup>57</sup>. Caso contrario, cuando no existe una carga identificadora suficiente de la persona, el Tribunal Constitucional Español ha determinado que no se puede alegar que existe como bien jurídico protegido la propia imagen, ya que no estaría en la esfera personal del sujeto<sup>58</sup>.

El DI en la legislación nacional está contemplado en los artículos 160 y 161 del COESCI. El ámbito de protección que da el COESCI a los DI es dentro de la sección de los DA, específicamente bajo la tutela de las obras de artes plásticas y otras obras. El artículo 160 dispone que “[e]l retrato o busto de una persona no podrá ser puesto en el

---

informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección[...].”

<sup>53</sup> Palarma Iribarne c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005, párr. 72, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_135\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_135_esp.pdf)

<sup>54</sup> Gregorini Clusellas, “Derechos Personalísimos: Afectación simultánea de imagen e identidad (precedentes jurisprudenciales y doctrinarios y el nuevo ordenamiento)”, en *Estudios de Derecho Privado su visión en el nuevo código civil y comercial de la nación* de Marta del Rosario Mattera (Buenos Aires: Asociación de Docentes UBA 2016), 5.

<sup>55</sup> Santos Cifuentes, *Derechos Personalísimos*, 507.

<sup>56</sup> Carles Vendrell Cervantes, *El Mercado de los Derechos de Imagen* (Pamplona: Thomson Reuters ARANZADI, 2014).

<sup>57</sup> STS de 19 de julio de 2004, Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, Anuario de derecho Civil a cargo de Antonio Cabanillas Sánchez, 1483. [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2006-30146901584\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_Sentencias](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-30146901584_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Sentencias)

<sup>58</sup> Ver, Sentencia No. 81/2001, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 26 de marzo de 2001. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-2001-8417](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2001-8417)

comercio sin su consentimiento”<sup>59</sup>. Mientras que el artículo 161 se refiere específicamente a fotografías y dispone lo siguiente:

“[n]adie podrá utilizar una fotografía que consista en el retrato de una persona si la fotografía no se realizó con autorización expresa. Esta autorización deberá hacerse por escrito y referirse al tipo de utilización específica de la imagen. La persona fotografiada podrá oponerse cuando la utilización sea diferente de la autorizada. No será necesaria la autorización cuando la persona fotografiada sea un componente secundario de la fotografía”<sup>60</sup>.

Con estos artículos se determina que la ley protege al DI, dado que los efigiados deben dar su autorización. Sin embargo, estas normas abren paso a ciertos vacíos con referencia a la protección del DI. Por un lado, el artículo 160 solo se refiere a la *puesta en el comercio* del retrato, mas no a su simple utilización. De acuerdo con los artículos 7 y 8 del Código de Comercio, se entiende como *puesta en comercio* a los actos u operaciones que impliquen el desarrollo continuado o habitual de una actividad de producción, intercambio de bienes, compra o permuta, operaciones de crédito, actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, [...] siempre y cuando sean ejecutados con sentido económico [...] <sup>61</sup>. No obstante, ¿qué ocurre con aquellos retratos que no han sido puestos en el comercio? Puede suceder que un artista quiera hacer uso de su obra sin que implique explotación, como es el caso de exhibir su obra; en este supuesto y de acuerdo con la norma en mención, el artista no necesitaría autorización del efigiado ya que no está “comercializándose”. Por otro lado, el artículo 161 no se limita solamente al “comercio”, sino que se refiere ampliamente a la “utilización”, pero, en cambio, este artículo se limita a fotografías. Por lo que se puede concluir que la ley no contempla qué sucede con aquellas obras, que sin ser fotografías, reproducen o recrean la imagen de una persona, y que no han sido puestas en el comercio. ¿Se necesita una autorización por parte del efigiado?

En otros países este tema es regulado de forma parecida a Ecuador, en tanto que requiere contar con la autorización del efigiado. Resulta pertinente contextualizar el ámbito de protección del DI en Argentina y España. En Argentina, al igual que en Ecuador, el DI se encuentra dentro de los DA en la PI. Bien es así que el artículo 31 de la Ley 11.723 Régimen Legal de la Propiedad Intelectual, (LRLPI)<sup>62</sup> es semejante al artículo

---

<sup>59</sup> Artículo 160, COESCI.

<sup>60</sup> Artículo 161, COESCI.

<sup>61</sup> Artículo 7 y 8, Código de Comercio, R.O. Suplemento 497, de 29 de mayo de 2019.

<sup>62</sup> Artículo 31, Ley 11.723 - Regimen Legal de la Propiedad Intelectual [LRLPI], Sala de sesiones del congreso Argentino, 26 de septiembre de 1933. “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto

160 del COESCI, porque para que la efigie de una persona sea puesto en comercio se necesita autorización del mismo. Sin embargo, en Argentina no solo se protege al DI en el ámbito de la PI, sino que el CCyC tutela al DI como derecho personalísimo. Su artículo 53 declara que “para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento”<sup>63</sup>. Cabe destacar que esta norma menciona las palabras *captar* o *reproducir*, lo cual da amplitud a cualquier uso de la misma, y no solo se refiere al “comercio”, como lo hace la ley ecuatoriana. Además, a diferencia del COESCI, el CCyC argentino no se limita a la fotografía, sino que habla de la imagen ampliamente. Por lo que se entiende que en Argentina tanto en la fotografía, como en la pintura y escultura el retratado debe dar su consentimiento a pesar de que la LRLPI no lo especifique.

En España, encontramos un tratamiento más amplio del DI, más allá de la PI, pues cuenta con legislación expresa para este tipo de derechos, pero eso no excluye que se pueden aplicar en asuntos de PI. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen en su artículo segundo inciso dos contempla que “[n]o se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso [...]”<sup>64</sup>. Y su artículo séptimo numeral quinto contempla “[e]s ilegítimo la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos que se autoricen [...]”<sup>65</sup>. También su numeral sexto estipula que es ilegítima la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga a menos que exista autorización<sup>66</sup>. Por su parte, el Texto Refundido de la ley de Propiedad Intelectual no hace mención sobre dicha materia. En resumen, la ley española, es similar a la ecuatoriana y a la argentina con respecto a la necesidad de una autorización del efigiado, pero esta norma no está dentro del DA, y no se limita ni al comercio ni a fotografías. De todas maneras, como se mencionó, la Constitución española es explícita

---

en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre [...]”.

<sup>63</sup> Artículo 53, Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

<sup>64</sup> Artículo 2, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen, BOE núm 115, de 14 de mayo de 1982, reformado por última vez 23 de junio de 2010.

<sup>65</sup> Artículo 7, Id.

<sup>66</sup> Artículo 6, Id.



y en su artículo 20 anticipa que el DA se encuentra limitado por los derechos personalísimos<sup>67</sup>.

En Ecuador el DA está contemplado en la Decisión del Acuerdo de Cartagena 351<sup>68</sup> y en el COESCI. Ambos cuerpos normativos regulan al DA de la misma manera y los artículos a citar coinciden en su contenido. Por un lado, está el artículo 100 del COESCI, que reconoce el derecho de los autores sobre sus obras<sup>69</sup> y el artículo 102 el cual dispone que los DA nacen y se protegen por el solo hecho de la creación de la obra<sup>70</sup>. Igualmente, el artículo 104 especifica que el objeto de protección del DA abarca, entre otros, la fotografía, la pintura y la escultura<sup>71</sup>. El artículo 108 delimita que únicamente la persona natural puede ser autor<sup>72</sup>, esto en virtud de que la creatividad es una particularidad del ser humano y, por ende, las personas jurídicas no poseen esta característica. Finalmente, los artículos 118<sup>73</sup> y 120<sup>74</sup> regulan al derecho moral y patrimonial del autor.

El derecho patrimonial es el derecho exclusivo que tiene el autor sobre su obra para decidir sobre su explotación<sup>75</sup> a título gratuito u oneroso. Cabe precisar que el presente trabajo examina si el derecho de “uso” del autor necesita o no autorización, pues justamente este derecho de “uso” es parte de los derechos patrimoniales propios del autor. Por ende, este estudio recae sobre los derechos patrimoniales y se limitará a aquellos usos que son a título gratuito. Sobre este punto la interpretación prejudicial 39-IP-99 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina afirma que “los derechos patrimoniales del autor no son taxativos sino meramente enunciativos por la sencilla razón de que existirán tantos derechos patrimoniales cuantas sean las formas posibles de utilización o

---

<sup>67</sup> Artículo 20 numeral 4, Constitución Española, 1978.

<sup>68</sup> Decisión del Acuerdo de Cartagena 351, Regimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, R.O 366 de 25 de enero de 1994.

<sup>69</sup> Artículo 100, COESCI.

<sup>70</sup> Artículo 102, COESCI.

<sup>71</sup> Artículo 104, COESCI.

<sup>72</sup> Artículo 108, COESCI.

<sup>73</sup> Artículo 118, COESCI.

<sup>74</sup> Artículo 120, COESCI.- Derechos exclusivos.- Se reconoce a favor del autor o su derechohabiente los siguientes derechos exclusivos sobre una obra: 1. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; 2. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; 3. La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; 4. La importación de copias hechas sin autorización del titular, de las personas mencionadas en el artículo 126 o la Ley; 5. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra; y, 6. La puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

<sup>75</sup> Ver, Interpretación Prejudicial consultada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia Referente a la Infracción a Derecho de Autor. 570-IP-2018, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 28 de febrero de 2020.

explotación de la obra”<sup>76</sup>. Por lo mismo, cualquier uso que el autor le quiera dar a su obra, como sería el caso de exponerla en un museo, es un derecho patrimonial. Estos derechos son transferibles, renunciables y temporales<sup>77</sup>.

Los derechos patrimoniales son tratados en el artículo 9 del Convenio de Berna para Protección de Obras Literarias y Artísticas el cual prescribe que: “[l]os autores de obras literarias y artísticas protegidas por el Convenio gozarán el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento bajo cualquier forma”<sup>78</sup>. Asimismo, el Tratado de la OMPI sobre DA también ha establecido en su artículo 6 que: “[l]os autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras [...]”<sup>79</sup>. En otras palabras, el autor tiene la potestad de decidir sobre sus obras, por ser su creador.

Ahora bien, haciendo referencia a la legislación argentina, se puede observar que su artículo segundo de la LRLPI declara que “[e]l derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, [...] y de reproducirla en cualquier forma”<sup>80</sup>. Por lo que al igual que en Ecuador, el autor decide. La ley española tiene el mismo régimen, y en el artículo cuarto del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, dispone que, para la divulgación o publicación de una obra, se necesita el consentimiento del autor<sup>81</sup>. Por lo tanto, se concluye que, en la legislación ecuatoriana, argentina y española, el autor por sus derechos patrimoniales tiene la potestad de decidir el uso de su obra. De todas maneras, esta potestad del autor no es absoluta.

---

<sup>76</sup> Interpretación Prejudicial de los artículos 13 literal b), 15 literal e), 17 y 31 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Expediente Interno No 5083 Derechos de Autor, 39-IP-99, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1 de diciembre de 1999.

<sup>77</sup> Artículo 201, COESCI.

<sup>78</sup> Artículo 9, Convenio de Berna para protección de obras literarias y artísticas, R.O 844, de 2 de enero de 1992, reformado por última vez el 15 julio de 1991.

<sup>79</sup> Artículo 6, Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, R.O. 711, de 25 de noviembre de 2002, reformado por última vez el 7 de junio de 2000.

<sup>80</sup> Artículo 2, LRLPI, 1933.

<sup>81</sup> Texto Refundido de la ley de propiedad intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, «BOE» núm. 97, de 22 de abril de 1996.

## **6. Ponderación de derecho de imagen y derecho de autor**

El DI y el DA son derechos similares porque facultan a cada individuo a autorizar, prohibir o hacer uso de su propia imagen o de su propia obra, respectivamente. Como se mencionó anteriormente, para saber cuál de los dos derechos prima en caso de colisión, se requiere realizar una ponderación.

La ponderación está estipulada en el artículo tercero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que lo considera como un método de interpretación que establece una relación de preferencia entre normas. Se encuentra un balance y se determina qué interés constitucional debe tener una protección preferente y cuál debe ceder<sup>82</sup>. La regla es cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de un derecho, mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro<sup>83</sup>. El objetivo es determinar si los beneficios que reporta la medida son mayores o menores que los perjuicios que genera sobre los intereses involucrados en la colisión. Para determinar qué derecho prima se utilizará las tres etapas elaboradas por Robert Alexy: 1. Establecer el grado de no satisfacción de primer derecho, 2. Establecer el grado de satisfacción del derecho en pugna con el otro derecho y 3. Evaluar si la importancia de la satisfacción del segundo derecho justifica la falta de satisfacción del primero<sup>84</sup>. Para fines de esta investigación no se incorporará la fórmula del peso en la ponderación, por su complejidad. Además, se realizará la ponderación en dos partes: la de la fotografía, y la de la pintura y escultura conjuntamente.

### **6.1. Ponderación de derecho de imagen y derecho de autor en la fotografía**

Este ensayo se refiere a las fotografías artísticas y no a las meras fotografías. Las primeras están constituidas por aquellas que son originales<sup>85</sup>, porque la impronta del autor es notoria<sup>86</sup> y promueven en el espectador una emoción<sup>87</sup> y una idea que no se deriva de

---

<sup>82</sup> Miguel Carbonell, *Argumentación Jurídica El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad* (Editorial Porrúa México, México, 2011), 103.

<sup>83</sup> Artículo 3, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O Suplemento 52 de 22 de octubre de 2019, última modificación de 22 de mayo de 2016.

<sup>84</sup> Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación* (Fontamara, México, 2007), 227.

<sup>85</sup> Interpretación Prejudicial 10-IP-99 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 11 de junio de 1999 concretó que la originalidad de una obra es sinónimo de individualidad, que lleve lo propio de su autor, y que lleve la impronta de su personalidad.

<sup>86</sup> Ramón Fernández, “La originalidad en la música y la imagen: una aproximación y estudio de diversos supuestos en el derecho español”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, (2018), 5-25. DOI:<https://doi.org/10.18601/16571959.n25.01>.

<sup>87</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina), Sentencia e la Sala K, del 19 de febrero de 2009.

la contemplación común de la realidad<sup>88</sup>, mientras que las meras fotografías son una contemplación común de objetos ya existentes<sup>89</sup> y no reciben la protección del DA.

Si bien las fotografías artísticas tienen una impronta de autor que las destaca y diferencia sobre otras, lo que se capta en la foto es una realidad. Por lo tanto, lo que crea el autor y donde está la originalidad de la obra es en su captación, la iluminación, el montaje, el ángulo y la puesta en escena de la persona que aparece en la toma. Pero por más talento del fotógrafo en la captación, la puesta en escena, y posteriormente su edición, el autor no puede modificar la imagen de la persona ya que no es resultado directo de la acción de la mano del hombre<sup>90</sup>. Esto conduce a concluir que los derechos del efigiado no se pueden desconocer para los fines de la obra, motivo por el cual no se puede usar una fotografía que incluya un retrato sin consentimiento del efigiado.

Ahora bien, este tipo de consentimiento dependiendo del caso, puede darse de dos formas: mediante una autorización del efigiado o por medio de un contrato de cesión de derechos de imagen. La primordial diferencia es que la primera es unilateral, mientras que la segunda es bilateral y adicionalmente los contratos de cesión por lo general tienen una cuantía, pero ese punto no es considerado en la presente investigación, ya que el DI se protege tenga o no fines de lucro. De todas maneras, existen diferentes escenarios en los que puede ocurrir que el fotógrafo necesite el consentimiento.

Un escenario puede darse cuando un fotógrafo paga a un modelo para una sesión fotográfica. El hecho de que el modelo haya aceptado y consentido que se capten las fotos no significa que implícitamente el modelo haya consentido la publicación de las mismas<sup>91, 92</sup>. Por el contrario, debe existir una autorización por parte del efigiado en la que se estipule que el fotógrafo puede hacer uso de su fotografía. Si el autor no se rige a la autorización, y va más allá de lo estipulado, el modelo puede reclamar indemnización por daños y perjuicios y puede solicitar judicialmente el cese del uso de esta<sup>93</sup>. La Cámara

---

<sup>88</sup> Wendy Elizabeth Chávez Gutiérrez, “La falta de criterios dentro del ordenamiento jurídico peruano respecto del concepto de «originalidad» aplicado a la protección de los derechos de autor sobre imágenes fotográficas”.

<sup>89</sup> Ricardo Antequera Parilli, *Derechos Intelectuales y Derecho a la Imagen en la Jurisprudencia Comparada*.

<sup>90</sup> Luis Gimeno Olcina, “Fotografías, Explotación Comercial de la Imagen y Derecho de Autor”, en *Actas de derecho Industrial y derecho de Autor Tomo XVII* (Marcial Pons, Madrid, 1996), 304.

<sup>91</sup> José R. Deverda y Beamonte. “Derecho a la propia imagen y libertades de información y de expresión”, *Rev. Boliv. de derecho* 15, (2013), 10-29.

<sup>92</sup> *Ver, Leading case* de Tilda Thamar, (Fallo 13.603). Cámara Nac. Civ, Sala A, año 1966. (La Cámara Civil de Argentina decretó que prestarse a una fotografía, no implica autorización a difundir su imagen).

<sup>93</sup> Miguel Ángel Emery, *Propiedad intelectual Ley 11.723 Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales* (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999), 175.

Nacional Argentina de Apelaciones de lo Civil hizo mención a este punto en el caso E., D. C. c/ Philips Argentina S.A. y Otros s/ Daños y Perjuicios, el cual versaba sobre una modelo (parte actora) que firmó un contrato de cesión de derechos de imagen a Philips S.A. (parte demandada) para una campaña publicitaria. El contrato fijaba que la utilización material del rostro de la actora tenía una duración de doce meses. Sin embargo, la accionante constató que, transcurrido este tiempo, tanto Philips S.A. como las restantes codemandadas continuaron utilizándolo sin su consentimiento. La modelo demandó y reclamó una indemnización por publicar su imagen fuera de lo estipulado. El juzgado determinó que se vulneró al DI de la modelo, y que los demandados debían pagar un resarcimiento total a la modelo<sup>94</sup>. Igualmente, el Tribunal Supremo Español hizo mención sobre este punto en la sentencia de 29 de marzo de 1996, en la que la parte demandada, Columna Editions, S.A., utilizó sin previo consentimiento la imagen de la modelo (parte actora), por lo que el Tribunal falló que la demandada debía indemnizar a la efigiada. Además, declaró: “[e]n la realidad social nadie contrataría los servicios de un fotógrafo si ello implicase que el mismo pudiese utilizar la imagen captada en su propio beneficio sin consentimiento”<sup>95</sup>.

Un segundo escenario ocurre cuando un modelo contrata al fotógrafo para una sesión de fotos. Esto se encuentra regulado como obras por encargo en el artículo 115 del COESCI, el cual estipula que, salvo pacto en contrario, la titularidad de las obras por encargo las tiene el autor, y en caso que este ceda sus derechos, conservará la facultad de explotar las obras en forma distinta a la contemplada<sup>96</sup>. Según esta norma, no se puede asumir que, por ser una obra por encargo, el autor ha cedido todos sus derechos patrimoniales. Para que esto último suceda, debe estar determinado en el contrato<sup>97</sup>. Entonces, a pesar de que el modelo haya sido el comitente, solo puede hacer uso de las fotos por los modos y con el alcance acordado en el contrato.

No obstante, aunque se siga estrictamente la ley, el derecho patrimonial del artista se limitará por el DI del efigiado. El artista en la fotografía solo podrá hacer uso de la obra cuando no vaya en contra de los derechos del efigiado; caso contrario, necesita la

---

<sup>94</sup> Causa No. 56910/2011, E., D. C. c/ Philips Argentina S.A. y Otros s/ Daños y Perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones lo Civil, Juzgado Civil no.68, Sala M , 30 de abril de 2015.

<sup>95</sup> Causa No. 234/1996, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 1996.

<sup>96</sup> Artículo 115, COESCI.

<sup>97</sup> Ver, Causa No. 236/06, Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de Marca Comunitaria, Sala No.118 (M-38), 19 de junio de 2006. En <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=677991&links=propiedad%20intelectual&optimize=20061116&publicinterface=true>

autorización del retratado. Incluso si nada se dice, el autor deberá tener la autorización del efigiado. “La exclusividad y el control del autor sobre la obra junto con la exclusividad y el poder de exclusión del titular de la imagen sobre la misma, permiten afirmar que para la reproducción de la fotografía será necesario contar con el consentimiento de ambos”<sup>98</sup>. Por lo tanto, en este segundo escenario, a pesar de que el artículo 115 pretenda proteger el derecho patrimonial del artista, este se verá limitado por el DI.

Ahora bien, en España, como se ha mencionado, el DI prima sobre el DA ya que este último ha de ceder en caso de colisión con derechos personalísimos. Es decir, en España no existe duda de que siempre el efigiado tendrá que autorizar al artista para que pueda hacer uso de su propia obra<sup>99</sup>. Existe jurisprudencia respecto a esta norma pues el Tribunal Supremo Español declaró que cada individuo tiene el derecho a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento, y en caso de hacerlo, se configura un daño<sup>100</sup>.

Si bien en Ecuador no existe norma como la española, el artículo 161 del COESCI muestra que en fotografías el artista siempre necesitará autorización. Por consiguiente, con el respectivo análisis y con la presente norma, en Ecuador sí prima el DI en la fotografía. Sin embargo, el artículo 160 del COESCI establece excepciones en las que el autor no requiere autorización del efigiado para hacer uso de su obra. Estos son los casos en los que el retrato se relaciona únicamente con fines científicos, didácticos, históricos o culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público<sup>101</sup> o que se hubieren desarrollado en público<sup>102</sup>,<sup>103</sup>. En estas circunstancias hay un bien jurídico protegido superior al de la imagen de la persona efigiada, pues se tutela el bienestar colectivo. Por consiguiente, para que no sea necesario el consentimiento de la persona efigiada hay dos

---

<sup>98</sup> María Serrano Fernández, *Fotografía y derecho de autor* (Editorial Reus, Madrid, 2008), 109.

<sup>99</sup> Lo mismo sucede en Portugal. El Código Civil Portugués en su artículo 79 protege al DI en cualquier tipo de obra y para cualquier uso, incluyendo a las exposiciones artísticas. En Jonatas Machado, *Liberdade de Expressão, Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social* (Coimbra Editora, Coimbra, 2002).

<sup>100</sup> Causa No. 380, Tribunal Supremo Español, Sala Primera de lo Civil, 9 de mayo de 1988, párr 3.

<sup>101</sup> Ver, Caso Fontevecchia y Damico vs. Argentina, Corte IDH, de 29 de noviembre de 2011. ([https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_238\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf)). (La Corte analiza aquellos casos en los que la identidad de la persona y su importancia pública son variables que limitan a la privacidad de su imagen).

<sup>102</sup> Artículo 160, COESCI.

<sup>103</sup> Ver, Sentencia STS- 15-2-2017, en José María Agustín, Pardillo Hernández, Blanco Sarralegui, *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Sala 1*, Recopilación de resoluciones del Tribunal Supremo Español, Poder Judicial España, 2017. (La sentencia determina que el ejercicio del derecho a la libertad de información no legitima la publicación no consentida de la imagen del demandante, en un ámbito ajeno a aquel en el que sucedieron los hechos).

requisitos: que la imagen verse sobre “fines informativos”<sup>104, 105</sup> o que se haya desarrollado en público, y que “[e]l uso de la obra sea realizado de manera accesoria respecto al acontecimiento de actualidad”<sup>106</sup>. Los requisitos de estas excepciones son de estricto cumplimiento. Sobre esto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dictó la sentencia Ponzetti de Balbín contra Editorial Atlántida. Este caso versó sobre acontecimientos de interés público y la Corte puntualizó que “[e]l interés público de la información debe exigir y justificar una invasión a su más sagrada esfera de privacidad”<sup>107</sup>. Esto quiere decir que la excepción a la autorización de una imagen debe ser puntual y justificativa (que sea beneficio para la sociedad), ya que la regla general es que el efigiado siempre tiene que dar su consentimiento.

De todas maneras, a excepción de los mencionados eximentes, el DI prima sobre el DA porque la impronta del fotógrafo es opacada por la realidad de la imagen y porque existen normas como el artículo 161 del COESCI y 19 de la PIDESC<sup>108</sup>, que limitan aquella libertad del autor.

### **6.1.1. Las tres etapas de la ponderación en fotografías**

La primera etapa se refiere al grado de no satisfacción del DI en caso de que prime el DA. Es decir, qué tan vulnerado estaría el efigiado si el artista usa su foto sin su autorización. En este supuesto habría un alto grado de insatisfacción del DI dado que se estarían violando tres derechos. En primer lugar, se vulneraría el derecho constitucional de libre desarrollo de la personalidad<sup>109</sup> que posee el retratado, ya que este no ejercería la facultad exclusiva de decidir sobre cómo exteriorizar su imagen. Cabe recordar que la

---

<sup>104</sup>Ver, Sentencia No. 201/2019, Tribunal Supremo de España, de 3 de abril de 2019, (<https://supremo.vlex.es/vid/775489089>) (la cual señala que las libertades de expresión e información prevalecen sobre los derechos de la personalidad, en tanto que dichas libertades se ejerzan conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con los parámetros constitucionales, esto es, cuando contribuyan al debate público en una sociedad democrática y no se vulnere grave e innecesariamente el ámbito protegido por los derechos de la personalidad).

<sup>105</sup>Ver, Sentencia No. 83/2002 del Tribunal Constitucional Español de 22 de abril de 2002, (<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4619>).

<sup>106</sup> Interpretación Prejudicial del literal a del artículo 22 de la Decisión 351 de la Comisión de Acuerdo de Cartagena, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 143-IP-2017, 14 de junio de 2018.

<sup>107</sup> Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 11 de diciembre de 1984.

<sup>108</sup> Artículo 19, numeral 3, PIDESC. “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo (‘toda persona tiene derecho a la libertad de expresión’) entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás [...]”.

<sup>109</sup> Artículo 66, numeral 5, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

imagen de una persona es de gran importancia porque visualmente es la identidad que hace reconocible a cada uno. Por tanto, si el artista decide por sobre el efigiado, habría una intromisión a la identidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

En segundo lugar, se estaría vulnerando el DH a tener una vida privada<sup>110</sup>. La afectación al efigiado también se generaría por el hecho de que en una fotografía el retrato de la persona tendría mayor valor que la composición del artista. Esto, dado que en las fotos la efigie que se expone es idéntica a la de la vida real, es decir, el artista no crea el retrato, sino que captura el de la vida real. Dicho así, el autor en este tipo de obras no puede poner su impronta sobre la esencia de la persona. Por consiguiente, si el autor expone la imagen sin el consentimiento de este, estaría exhibiendo la vida real de la persona y violaría dicho DH. Sobre esto se encuentra la jurisprudencia antes mencionada, *Von Hannover c. Alemania*. No obstante, este grado de afectación sería menor si la efigie correspondiera a una persona famosa dado que su imagen ya es pública<sup>111</sup>, pero no es motivo del presente análisis.

En tercer lugar, se violaría el mismo derecho personalísimo. El DI nace con la existencia del sujeto y no hay necesidad de explotarlo para que exista, caso que sí sucede con el DA, pues a pesar de que todos los humanos tienen potencialidad de crear y ser titulares de DA, no todos lo hacen. Esto genera que el DI se vea más afectado que el DA ya que el DI es un derecho inseparable de la vida y, por tanto, el efigiado no tiene opción alguna para evitar que aquel uso del autor sin su autorización no afecte su vida personal.

La segunda etapa de la ponderación se refiere a la satisfacción del DA si prima ante el DI. Si el autor hace uso de su obra sin el consentimiento del efigiado, tendrá satisfacción, pero no de un nivel tan alto como el de la insatisfacción del DI. La satisfacción del creador se constituye principalmente por dos razones. Primero porque le permite efectivizar su derecho constitucional a la libertad de expresión. Segundo porque tiene derechos exclusivos de explotación sobre su obra. El motivo por el que la satisfacción del DA no es de alto nivel es porque la capacidad creativa del artista no está afectada puesto que en el momento que el fotógrafo capturó la foto ya plasmó su creatividad en un medio físico, y la discusión del *uso* es posterior. Por lo tanto, es cierto que el autor tiene satisfacción al poder hacer uso de su obra sin tener que depender del retratado, pero en el caso de que el artista necesite autorización del efigiado, su DA no estará privándose completamente.

---

<sup>110</sup> Artículo 11, numeral 2, CADH, 1969.

<sup>111</sup> *Ver*, Causa No. 3445/2016, Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2016.



La tercera etapa se refiere a evaluar si la importancia de la satisfacción del DA justifica la falta de satisfacción del DI. Tras el análisis realizado, la satisfacción del fotógrafo no justifica la insatisfacción de la persona efigiada. El DI es un derecho que todos los seres humanos poseen, que no se puede negar y que es inevitable. Por lo tanto, si se lo limita por el DA se estaría vulnerando la vida de la persona. En cambio, el DA si se lo restringe por el DI, no se lo coarta en todos sus aspectos.

Dicho esto, a pesar de que ambos son DD.HH. y, como se mencionó anteriormente, ambos tutelan la dignidad humana, si se los descontextualiza de los DD.HH., se puede observar que estos derechos protegen dos bienes jurídicos diferentes: la identidad de la persona, y la creación y creatividad. Este segundo bien jurídico protegido por el DA no se muestra directamente en una fotografía, puesto que la personalidad del fotógrafo está opacada por la identidad del efigiado. Esto sucede dado que la impronta del artista en este tipo de obras no es evidente. Como resultado, en las fotografías prima el DI.

## **6.2. Ponderación de derecho de imagen y derecho de autor en la pintura y escultura**

A diferencia de la fotografía, en la pintura y la escultura la lógica de la ponderación es compleja, puesto que la impronta del autor se destaca. En estas obras, el rostro plasmado en la pieza es hecho por el artista y la protección al autor es primordial. El retrato de una persona no sería el mismo si fuese realizado por distintos artistas, habría dos piezas diferentes puesto que cada autor tiene su originalidad. Dicho de otro modo, la impronta del autor es característica, determinante e identificadora en una pintura o escultura e incluso puede llegar a resaltarse más que el propio retrato<sup>112</sup>.

En la pintura y la escultura el artista tiene que tomar las decisiones de cómo crear la imagen del efigiado, y está en su potestad deformarlo, exagerarlo, cambiarlo o no. El efigiado no tiene control sobre el producto de la obra, porque lo que se muestra no es su rostro esencial, sino que está compuesto por la originalidad del autor. Incluso, cuando la imagen de la pintura o escultura es idéntica a la de la persona, quien la retrató en esa pieza

---

<sup>112</sup> Ver, “The New York Times”, Andy Warhol’s “Prince Series Is Fair Use, Court Rules”, acceso 8 de octubre de 2020, <https://www.nytimes.com/2019/07/02/arts/design/andy-warhol-prince-fair-use.html> (Decisión del juez John G. Koeltl de Nueva York sobre la pintura “Prince” de Andy Warhol. El juez determinó que Warhol hizo uso justo de la fotografía del famoso cantante Prince, capturada por Goldsmith porque el artista transformó la imagen y la cambió hasta el punto que el rostro de Prince era percibido de diferente manera en la foto que en la pintura. Esta decisión muestra cómo un pintor, a pesar de no cambiar el rostro de una persona, es capaz de crear una nueva representación de la misma).

fue el propio artista y tiene derechos sobre la obra. No obstante, esto no contrarresta que pueda suceder, como se determinó anteriormente, que el efigiado contrate al autor para que le haga un retrato, y en ese caso, si así lo estipula el contrato, el artista podría ceder los derechos patrimoniales de su obra. Sin embargo, excluyendo este caso y excluyendo además el caso de que la obra *se ponga en comercio*<sup>113</sup>, parecería razonable que quién determine el uso y destino de sus obras sea su creador.

Contrario a este razonamiento, existe doctrina y jurisprudencia que señalan que puede hacerse una interpretación extensiva del artículo 31 de la LRLPI (que es similar al artículo 161 del COESCI), por la cual se entiende que tanto en la fotografía como en el resto de obras análogas (incluyendo la pintura y la escultura), el artista necesita autorización del efigiado para hacer uso de su obra<sup>114</sup>. La misma interpretación extensiva se puede hacer con el artículo 160 del COESCI, en el cual “la expresión poner en el comercio ... debe entenderse en el sentido amplio de la exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad”<sup>115</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha hecho una exégesis de la ley 11.723 y decretó que “[e]l legislador como regla prohíbe la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo a su derecho, y este solo cederá cuando den circunstancias que tengan en mira un interés general”<sup>116</sup>. Por consiguiente, si se hace una exégesis del COESCI, se puede llegar a la misma conclusión que en Argentina. Sin embargo, en Ecuador no existe ninguna determinación ni jurisprudencia respecto del tema, por lo que su ponderación es necesaria.

### **6.2.1. Las tres etapas de la ponderación en la pintura y en la escultura**

Nuevamente, la primera etapa se refiere a establecer el grado de no satisfacción del DI en el caso que prime el DA. En este caso sucedería lo mismo que en el de las fotografías, puesto que evidentemente el efigiado tendría un alto nivel de insatisfacción por no poder decidir sobre su imagen. Al efigiado más allá de la técnica del artista, lo que le interesa es su rostro, por ser la primera esfera de su identidad. Por ende, si primara el DA, el efigiado no podría proteger su identidad conforme a su arbitrio y se violaría su derecho del libre desarrollo de la personalidad. Además, como consta en la legislación española, argentina y ecuatoriana, los DI cederán cuando haya un interés público superior,

---

<sup>113</sup> Artículo 160, COESCI.

<sup>114</sup> Miguel Ángel Emery, *Propiedad Intelectual Ley 11.723 Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, (Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999), 176.

<sup>115</sup> Artículo 160, COESCI.

<sup>116</sup> Id.

y puesto a que el DA no entra en esta categoría, hacer que el DI ceda sería una vulneración a la ley. Igualmente, la afectación al efigiado sería perpetua porque estaría expuesto de por vida a que el autor le dé a la obra un uso que le ocasione un perjuicio. A la larga, si prima el DA sobre el DI, se afectaría directamente a la identidad del efigiado y toda su vida se vería perjudicada. En cambio, si el DI primara, el artista se vería afectado por no poder usar su obra, pero sería una limitación puntual, no una a su identidad.

La segunda etapa de la ponderación se refiere a establecer el grado de satisfacción del DA si prima ante el DI. En este tipo de obras sí existe un alto grado de satisfacción del artista puesto que su impronta sí es destacable y la efigie fue creada con sus propias manos. Para el artista más allá de la identidad de la persona efigiada, lo primordial en su obra es su técnica, su talento y su creatividad. En una pintura o en una escultura lo que resalta es la originalidad de la pieza, lo cual depende del artista debido a que el efigiado no tiene control sobre esos detalles. Es por esto que el artista, al no necesitar el consentimiento del efigiado, se ve en ventaja porque la obra es su propiedad y puede ejercer su derecho patrimonial.

Además, al igual que sucede en las fotografías, el derecho de libertad de expresión del artista también estaría siendo satisfecho ya que el artista podría hacer uso de su obra como más le conviniera. A la vez, no habría afectación en la capacidad creativa del artista ya que sea que prime el DI o el DA, la creatividad ya se habría plasmado la creación. Por lo tanto, como no se le privaría al autor de crear la obra, sino solo de usarla, no se estaría violando al derecho moral del autor.

La tercera etapa de la ponderación se refiere a evaluar si la importancia de la satisfacción del DA justifica la falta de satisfacción del DI. Tras el análisis realizado, se concluye que lo que ganan las personas con la protección del DI es más que lo que pierde el artista por no poder hacer uso de su obra. El DI protege a la persona, y el DA a la obra, que a pesar de ser la representación de una persona, la obra siempre será un objeto. Asimismo, no es justificable que la satisfacción del artista prime sobre la satisfacción del efigiado porque el artista, con su mismo talento, puede crear otras obras. En cambio, si se priva al efigiado de decidir sobre su imagen, se podría dañar su imagen irreversiblemente.

Como resultado, la afectación del DA no es tan grave como sería la afectación del DI si este tuviese que ceder. Por ende, en este tipo de obras el DI prima sobre el DA. De todas maneras, cabe especificar que este estudio no se enfocó en ningún caso en particular, y puede ocurrir que en precisos casos haya una excepción a esta ponderación.

Las obras de arte son versátiles y pueden existir matices dependiendo del artista, su técnica y su contenido. En estas ocasiones, dependiendo del tipo de obra y la calidad en la que el efigiado está representado, será necesario analizar cada caso para determinar cuál prima<sup>117</sup>, ya que puede haber casos en los que el DA prime.

## 7. Conclusiones

Tras la ponderación realizada, se concluye que en Ecuador el DI prima sobre el DA tanto en la fotografía, como en la pintura y la escultura. A pesar de que ambos son derechos de un mismo rango legal, únicos, propios, inherentes y característicos de cada ser humano, el DI prevalece sobre el DA por tres motivos principales. Primero, porque el DI y el DA protegen dos bienes jurídicos diferentes, y el bien jurídico protegido por el DI, la identidad, se vulnera en el supuesto de que el autor haga uso de su obra sin consentimiento del efigiado; mientras que el bien jurídico protegido por el DA, la creación y el desarrollo de la creatividad, no se vulnera si el autor necesita el consentimiento del efigiado, esto puesto que el autor no está privado de exteriorizar su capacidad creativa, sino de hacer uso de la misma posteriormente. Segundo, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a una vida privada, derechos tutelados por el DI, tienen mayor trascendencia en cuanto protegen a una vida. En cambio, el derecho de libertad de expresión y el derecho patrimonial, tutelados por el DA, protegen ámbitos de la persona, pero no su vida en sí misma. Tercero, la norma prevé límites al DI, pero ninguno de estos límites se refiere a cuando exista una obra artística.

Además, existen otras razones por las que prima el DI en cada tipo de obra. En la fotografía prima el DI puesto que la impronta del artista no es evidente y a la vez, el rostro del efigiado es idéntico a la realidad. En la pintura y en la escultura, la ponderación fue diferente dado que la impronta del autor sí es significativa y la efigie de la pieza es hecha por el artista. Sin embargo, en estas obras sigue primando el DI en vista de que la identidad de la persona pesa más que la creatividad. De todas maneras, este trabajo no excluye aquellos casos en los que, por su complejidad, se deba hacer una ponderación específicamente al caso en particular.

Por consiguiente, tanto el DI como el DA tienen sus respectivos límites, pero cuando existe una colisión de derechos respecto de la determinación del uso de una obra artística en la que conste un efigiado, el DA cede. Dicho de otro modo, bajo este supuesto,

---

<sup>117</sup> Ricardo Antequera Parilli, *Derechos Intelectuales y Derecho a la Imagen en la Jurisprudencia Comparada*, 67.

la personalidad del retratado es más importante que la personalidad del autor, debido a que la primera identifica y caracteriza a la persona por su físico, mientras que la segunda indirectamente revela la personalidad del autor.

En el análisis de la legislación comparada, se observó que España y Argentina tienen mayor desarrollo del DI que Ecuador. Por esto, en España y Argentina hay una respuesta al presente problema jurídico, porque existe una interpretación extensiva y una norma expresa referente al tema.

La implicación de estos resultados refleja que los derechos siempre son variables, y subjetivos, pero a la vez prácticos, ya que pueden depender de casos específicos. Dado que en Ecuador no hay una ley propia de los DI ni precedentes jurisprudenciales existe un desconocimiento por parte de los individuos sobre si es necesaria una autorización del efigiado para el uso de su obra. Por consiguiente, los resultados del presente análisis ayudarán a que las personas se informen y eviten que se viole el DI.

En virtud de que en la actualidad el medio común por el cual se plasma la imagen de una persona es la fotografía, el desarrollo del presente artículo se vio obstaculizado por no obtener jurisprudencias acerca del DI en pinturas o esculturas. Sin duda estas jurisprudencias habrían sido fructíferas para el estudio, pero no necesariamente los hallazgos habrían sido otros. Igualmente, por las limitaciones en la extensión del análisis, no se pudieron abordar temas vinculados con el tema principal que habrían enriquecido la presente investigación como, por ejemplo, el consentimiento en el uso de la obra con fines lucrativos, las sanciones al autor cuando este hace uso de la obra sin consentimiento del efigiado, la practicidad legal de las respectivas autorizaciones, entre otros.

Se espera que, en un futuro cercano, el vacío legal existente en Ecuador con respecto a los DI y DA sea cubierto ya sea por una interpretación extensiva o una reforma legal que esclarezca los artículos del COESCI. En el caso de que esto suceda, sería fructífero que se expliquen los grados de perjuicio del efigiado para que se entienda cuándo se configura una violación a la imagen dentro de la PI y cuándo no. Esto permitirá que los administradores de justicia establezcan los límites que tiene el DA cuando está de por medio la imagen de una persona. Solo de esta manera se evitará que se vulneren los derechos detallados en el presente ensayo y que el artista tenga seguridad de poder hacer uso de su obra.