



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 126 DE 2017

(octubre 13)

10400/502843 -514204

Bogotá D.C.

Señora: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Concepto toma de registros fotográficos y video gráficos de niños, niñas y adolescentes hospitalizados para ser publicados en redes sociales

De manera atenta y en el marco de nuestras competencias, en atención a la solicitud de concepto jurídico presentada por DUMIAN MEDICAL la cual fue recibida bajo radicado No. E-2017-502843-5400 del 2 de octubre de 2017 en la Dirección Regional Norte de Santander, esta Oficina Asesora Jurídica procede a emitir concepto relacionado con la toma de registros fotográficos y video gráficos de niños, niñas y adolescentes hospitalizados para ser publicados en redes sociales.

Así, previo análisis del ordenamiento jurídico vigente y con fundamento en los artículos 23 de la Constitución Política, 26 del Código Civil, 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por el artículo 1o de la Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6o del Decreto 987 de 2012, esta Oficina da respuesta en los siguientes términos.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Pueden tomarse registros fotográficos de niños, niñas y adolescentes hospitalizados? ¿Es necesario contar con la autorización de los padres o representantes? ¿Las fotografías y videos tomados pueden ser publicados en redes sociales?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para el estudio del objeto de la consulta, es preciso analizar: (I) La fotografía como dato personal y el derecho a la propia imagen, (II) El habeas data, la protección de datos personales; (III) Autorización para el tratamiento de la información; (IV) Tratamiento de datos sensibles; (V) Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes.

2.1 MARCO NORMATIVO APLICABLE

Artículos 5o y 44 de la Constitución Política de Colombia, Ley 1581 de 2012, Decreto 1074 de 2015.

2.2. ANTECEDENTES

La Directora Administrativa de la Sede Cúcuta de Dumian Medical SAS solicita concepto sobre la toma de registros fotográficos y video gráficos sin autorización escrita del padre de familia o tutor delegado; y a su vez, se utilicen por publicaciones en redes sociales sobre niñas, niños y adolescentes hospitalizados en la Unidad de Cuidados Intensivos.

2.3. ANÁLISIS JURÍDICO

2.3.1. La fotografía como dato personal v el derecho a la propia imagen

La Ley 1581 de 2012 define los datos personales como “cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinares”, los cuales, de conformidad con la Corte Constitucional,^[1] deben reunir las siguientes características:

i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.

En el caso de las fotografías y videos, reúnen las características referidas anteriormente, por lo que son consideradas datos personales, debiéndose regular su tratamiento según lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012 y el capítulo 25 del título 2 de la Parte 2 del libro 2 del Decreto 1074 de 2015, tratamiento que tiene unas características aún más especiales al encontrarse en la categoría de datos sensibles, pues una imagen personal contiene información biométrica.

Los datos biométricos son aquellos que permiten identificar a las personas por rasgos físicos que les son únicos, como pueden ser las huellas digitales, el iris ocular, la palma de la mano y

así mismo los videos y fotografías que al contener los rasgos del rostro de las personas que aparecen en ellas, permiten determinar su identidad.

Es importante igualmente hacer referencia al derecho a la propia imagen, el cual ha sido objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional,^[2] que señaló:

El derecho a la propia imagen, a partir de los diversos aspectos desarrollados por la jurisprudencia constitucional, (i) comprende la necesidad de consentimiento para su utilización, (ii) constituye una garantía para la propia imagen como expresión directa de la individualidad e identidad de las personas, (iii) constituye una garantía de protección de raigambre constitucional para que las características externas que conforman las manifestaciones y expresiones externas de la individualidad corporal no puedan ser objeto de libre e injustificada disposición y manipulación de terceros, es un derecho autónomo que puede ser lesionado junto con los derechos a la intimidad, a la honra, al buen nombre de su titular, y cuyo ejercicio está estrechamente vinculado a la dignidad y libertad de la persona, (v) implica la garantía del manejo sobre la propia imagen cuyo ejercicio se traduce en una manifestación de la autodeterminación de las personas, y (vi) exige que las autorizaciones otorgadas para el uso de la propia imagen en el marco de la libertad en las relaciones contractuales no sean entendidas como una renuncia al derecho mismo.

Es así entonces como el tratamiento de fotografías y videos no solo podría afectar en principio el derecho a la intimidad y al habeas data, sino que se encuentra relacionado igualmente con el derecho a la propia imagen y a disponer de ella.

2.3.2. El habeas data v la protección de los datos personales

El derecho constitucional del habeas data sobre el cual está fundada toda la normativa y disposiciones referentes al tratamiento de datos personales, se encuentra contemplado en el artículo 15 de la Carta Política, el cual señala:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

(...)"

De la citada disposición se desprenden tres derechos fundamentales y autónomos, a saber, el derecho a la intimidad, al buen nombre y el habeas data.

La jurisprudencia constitucional ha definido el habeas data como "...la facultad que tiene el titular de datos personales de exigir a las administradoras de bases de datos el acceso, la inclusión, la exclusión, la corrección, la adición, la actualización, la certificación de la información y la posibilidad de limitar su divulgación, publicación o cesión".^[3]

Así mismo, ha señalado que este derecho comprende "...un grupo de facultades al individuo para que, en ejercicio de la cláusula general de libertad, pueda controlar la información que de sí mismo ha sido recopilada por una central de información. En ese sentido, este derecho fundamental está dirigido a preservar los intereses del titular de la información ante el potencial abuso del poder informático".^[4]

La protección de los datos establecida en la Constitución Política y desarrollada por la Ley Estatutaria 1581 de 2012 se estructura en gran medida sobre un eje común, la autorización del titular de los datos para que estos sean tratados, y así lo dispuso esta ley, de la siguiente manera:

Artículo 9o. Autorización del Titular. Sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley, en el Tratamiento se requiere la autorización previa e informada del Titular, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior.

Lo anterior es la regla general, por lo que se entiende que, si no existe dicha autorización, se está vulnerando el derecho fundamental al habeas data, salvo algunas excepciones que serán analizadas a continuación.

2.3.3 Autorización para el tratamiento de la información

Conforme con lo expuesto previamente, la recolección y tratamiento de datos se encuentra condicionada por regla general a la autorización del titular, ya sea obteniéndola por cualquier medio en el caso de datos personales; verbal o escrita explícitamente para datos sensibles y aquellos que versan sobre la propia imagen, o a través de los representantes legales en caso de niños, niñas y adolescentes, contando en este último caso con la opinión del titular- de acuerdo con su nivel de madurez, autonomía y capacidad para entender el asunto; garantizando así su derecho a ser escuchados.

Sobre la autorización, esta debe ser expresa, constar por escrito o verbalmente a través de cualquier medio, el representante del titular debe conocer que se hará con su información, autorización que debe ser expresa e inequívoca. Es importante resaltar que estas autorizaciones se deben conservar como prueba, pudiendo ser solicitadas en cualquier momento por el titular, así como por la Superintendencia de Industria y Comercio y la Procuraduría General de la Nación como entidades encargadas de velar por el cumplimiento de la protección de datos.

Adicionalmente, al referirse a datos sensibles como los referentes al estado de salud, el artículo 2.2.2.25.2.3 del Decreto 1074 de 2015, se deben cumplir las siguientes obligaciones:

1. Informar al titular que por tratarse de datos sensibles no está obligado a autorizar su Tratamiento.
2. Informar al titular de forma explícita y previa, además de los requisitos generales de la autorización para la recolección de cualquier tipo de dato personal, cuáles de los datos que serán objeto de Tratamiento son sensibles y la finalidad del Tratamiento, así como obtener su consentimiento expreso.

Ninguna actividad podrá condicionarse a que el Titular suministre datos personales sensibles.

En cuanto a las excepciones a la autorización, la Ley 1581 de 2012 señala en su artículo 10, que no será necesaria cuando se trate de:

- a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;
- b) Datos de naturaleza pública;
- c) Casos de urgencia médica o sanitaria;
- d) Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos;
- e) Datos relacionados con el Registro Civil de las Personas.

Quien acceda a los datos personales sin que medie autorización previa deberá en todo caso cumplir con las disposiciones contenidas en la presente ley.

Es así entonces que la recolección de fotografías y videos por parte de una persona jurídica privada para su publicación en redes sociales no se encuentra exceptuada de solicitar la autorización de los titulares o sus representantes.

2.3.4. Tratamiento de datos sensibles

Como se señaló en apartes anteriores del presente concepto, las fotografías y videos contienen datos biométricos, lo que implica que pertenecen a una categoría especial de información denominada datos sensibles, entendidos por la Ley 1581 de 2012 como "...aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos".

El tratamiento de este tipo de datos está prohibido por regla general, pero teniendo en cuenta situaciones en que son necesarios, se establecieron algunas excepciones.

Artículo 6o. Tratamiento de datos sensibles. Se prohíbe el Tratamiento de datos sensibles, excepto cuando:

- a) El Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización;

b) El Tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado. En estos eventos, los representantes legales deberán otorgar su autorización;

c) El Tratamiento sea efectuado en el curso de las actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una fundación, ONG, asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares por razón de su finalidad. En estos eventos, los datos no se podrán suministrar a terceros sin la autorización del Titular;

d) El Tratamiento se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial;

e) El Tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En este evento deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los Titulares. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Es así que solo estaría permitida la toma de fotografías y videos si se presenta alguna de las anteriores situaciones.

2.3.5. Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes

Sobre el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, es preciso reiterar lo señalado por esta Oficina mediante Concepto 124 de 2013, en donde se señala que, en cuanto a los datos de niños, niñas y adolescentes, la Ley 1581 de 2012 en principio parece prohibir el tratamiento de todo tipo de datos que los involucren, salvo los públicos, cuando dispone:

Artículo 7o. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el Tratamiento se asegurará el respeto a los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes.

Queda proscrito el Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, salvo aquellos datos que sean de naturaleza pública.

(...)

Sin embargo, lo anterior fue matizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-748 de 2011^[5] al analizar previamente la Constitucionalidad de dicho artículo, entendiendo que la interpretación no debe ser tan restrictiva que limite tajantemente su tratamiento, sino que en cada caso se debe analizar su particularidad, siempre acudiendo al principio del interés superior del menor y asegurando sin excepción alguna el respeto de sus derechos prevalentes.

Así mismo, este aspecto fue objeto de reglamentación por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1377 de 2013 y unificado en el Decreto 1074 de 2015, que desarrolla lo señalado por la Corte Constitucional, en el cual se estableció:

Artículo 2.2.2.25.2.9. Requisitos especiales para el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes. El Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes está prohibido, excepto cuando se trate de datos de naturaleza pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 7o de la Ley 1581 de 2012 y cuando dicho Tratamiento cumpla con los siguientes parámetros y requisitos:

1. Que responda y respete el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.
2. Que se asegure el respeto de sus derechos fundamentales.

(...)

Todo responsable y encargado involucrado en el tratamiento de los datos personales de niños, niñas y adolescentes, deberá velar por el uso adecuado de los mismos. Para este fin deberán aplicarse los principios y obligaciones establecidos en la Ley 1581 de 2012 y el presente decreto.

(...)

Existiendo ya claridad sobre las situaciones en que se puede recolectar y tratar información de niños, niñas y adolescentes, además de quienes pueden tratar datos sensibles, es necesario determinar si la recolección y tratamiento de fotografías y videos de niños, niñas y adolescentes para ser publicados en redes sociales cumplen las dos condiciones establecidas de garantizar sus derechos fundamentales y responder a su interés superior.

El principio del interés superior del niño, niña o adolescente se encuentra establecido en el tercer párrafo del Artículo 44 de la Constitución Política, donde se establece que "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás". Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido:^[6]

Este principio pretende orientar el ejercicio interpretativo que debe adelantar la autoridad, cuando se haga necesaria su intervención por encontrarse dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene - prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización. Por esta razón, los derechos e intereses de los padres y demás personas relevantes deben ser interpretados y garantizados en función del interés superior del menor, de manera que sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños. En consideración a que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados.

Así mismo, la Ley 1581 de 2012 define en su artículo 4o como principios del tratamiento de datos, el principio de finalidad por el cual "El Tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al Titular y el principio de acceso y circulación restringida, el cual dispone que "El Tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución. En este sentido, el Tratamiento sólo podrá hacerse por

personas autorizadas por el Titular y/o por las personas previstas en la presente ley; / Los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los Titulares o terceros autorizados conforme a la presente ley".

Teniendo en cuenta que en la solicitud no se menciona el objetivo de la información que se va a recolectar y tratar, corresponde al solicitante del concepto definir el cumplimiento de los requisitos para tratar información de niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a las reglas aquí señaladas.

3. CONCLUSIONES

--Las fotografías y videos contienen datos personales definidos como sensibles y biométricos, por tanto, debe mediar autorización expresa del titular o su representante para su tratamiento.

--Al referirse a datos de niños, niñas y adolescentes, adicional a la autorización de su representante, debe verificarse que respondan y respeten su interés superior, así como que garanticen sus derechos fundamentales.

--La publicación de fotografías y videos solo puede realizarse cuando se cumplan los principios y condiciones de la Ley 1581 de 2012.

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con lo establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1o de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Artículo 6o del Decreto 987 de 2012.

Cordial saludo.

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. Corte Constitucional - Sentencia C-748 del 6 de octubre de 2011 - M.P. Jorge Ignacio Pretelt

2. Corte Constitucional - Sentencia T-634 del 13 de septiembre de 2013 - M.P. María Victoria Calle.

3. Corte Constitucional - Sentencia T-729 del 5 de septiembre de 2002 - M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

4. Corte Constitucional - Sentencia C-1011 del 16 de octubre de 2008 - M.P. Jaime Córdoba Triviño

5. Corte Constitucional - Sentencia C-748 del 6 de octubre de 2011 - M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

6. Corte Constitucional - Sentencia T-557 del 12 de julio de 2011 - M.P. María Victoria Calle Correa

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.