



Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

GUÍA SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS FOTOS COMO DATOS PERSONALES



DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
2020



**El futuro
es de todos**

**Gobierno
de Colombia**



GUÍA SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS FOTOS COMO DATOS PERSONALES

2

DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia



ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Superintendente de Industria y Comercio

NELSON REMOLINA ANGARITA

Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales

ANGÉLICA MARÍA ACUÑA PORRAS

Secretaria General

ANGÉLICA ASPRILLA

Jefe Oficina de Servicios al Consumidor y Apoyo Empresarial OSCAE

ALEJANDRO LONDOÑO CONGOTE

CATERINE GÓMEZ CARDONA

LUIS ALBERTO MONTEZUMA

Autores primera edición

DIANA MARIÑO

Corrección de estilo

LAURA SEPÚLVEDA

Diagramación

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA 2020



**El futuro
es de todos**

Gobierno
de Colombia

Tabla de contenido

	PÁG
Introducción	5
Objetivos, precisiones y complementariedad con otras guías de esta Entidad	6
La foto desde diversas perspectivas jurídicas	7
La foto como documento que contiene Datos Personales sensibles.....	8
De las fotografías en el ámbito personal o doméstico	9
De las fotos para fines periodísticos y editoriales.....	11
Recomendaciones	12
I. Obtener Autorización previa, expresa e informada para tomar fotos y usarlas.....	12
II. Verificar la procedencia legítima de las fotos que le suministran terceros.....	14
III. Tener presentes las reglas especiales para tratar fotos de menores de 18 años.....	14
IV. Informar al fotografiado (Titular del Dato) los fines específicos para los cuales se usarán las fotos.....	16
V. Abstenerse de obtener fotos de manera engañosa y no asumir que las fotos de acceso público puede usarlas libremente	16
VI. Exigir el respeto de la regulación de Protección de Datos a terceros que contrate para tratar fotos.....	16



Introducción



La palabra **"FOTO"** hace referencia a una **"imagen"**¹ de objetos, paisajes y personas, entre otras, mientras que la expresión **"FOTOGRAFÍA"** se usa como sinónimo de foto y se define de la siguiente manera: "procedimiento o técnica que permite obtener imágenes fijas de la realidad mediante la acción de la luz sobre una superficie sensible o sobre un sensor" o "imagen obtenida por medio de la fotografía"². Por su parte, el término DATO PERSONAL está definido en el artículo 3 la Ley 1581 de 2012 como "cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables."

Las fotos son utilizadas para muchos propósitos, especialmente para fines de publicidad, entendida ésta como *"toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo"*³. Cuando la foto capta la imagen de una persona determinada o determinable, la misma se considera un Dato Personal y, por ende, debe regirse por la regulación vigente sobre el Tratamiento de esa clase de información. Cualquier actividad que se realice con fotos debe ser respetuosa de, entre otras, lo que ordena el artículo 15 superior, según el cual *"en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución"*.

La Ley Estatutaria 1581 de 2012 desarrolló este mandato constitucional que aplica, entre otras, a la recolección y uso de fotografías. Dicha ley no solo define como "Tratamiento" cualquier actividad que se realice con Datos Personales (como las fotos) sino que dentro de las definiciones del artículo tercero establece varios sujetos, a saber: En primer lugar, el **TITULAR DEL DATO** que sería la persona fotografiada; en segundo lugar, el **RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO** quien decide sobre el Tratamiento de la foto, por ejemplo, define qué fotos se tomarán y para qué finalidades. El Responsable puede ser, según el caso, el fotógrafo o una empresa. Finalmente, el ENCARGADO DEL TRATAMIENTO que usualmente es un tercero contratado por el Responsable para que por cuenta de éste realice, por ejemplo, un estudio de fotografía. Es el caso de una empresa fabricante de productos (Responsable del Tratamiento) que contrata a una empresa de publicidad o a un fotógrafo (Encargado del Tratamiento) para que tome fotos con miras a elaborar una campaña publicitaria. Dicha ley establece los derechos del fotografiado o Titular del dato (artículo 8) y los deberes legales del Responsable y del Encargado (artículos 17 y 18 respectivamente).

Adicionalmente, dicha norma ordena a esta entidad "Velar por el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos [sic] personales". En línea con lo anterior se expide la siguiente guía cuyos objetivos y precisiones se señalan a continuación.

1 Cfr. Real Academia Española (RAE). Diccionario de la Lengua Española (<https://dle.rae.es/foto?m=form>).

2 Cfr. Real Academia Española (RAE). Diccionario de la Lengua Española (<https://dle.rae.es/fotograf%C3%ADa#7z5EURG>).

3 Cfr. Numeral 12 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones".



Objetivos, precisiones y complementariedad con otras guías de esta entidad

6

Esta guía tiene como propósito presentar algunas sugerencias a los Responsables y Encargados del Tratamiento de fotos con miras a orientarlos para que no incurran en ninguna irregularidad respecto de la regulación sobre el Tratamiento de Datos Personales.

Son diversas las perspectivas jurídicas que existen sobre las fotos (derechos de autor, derecho a la imagen, actos de competencia desleal, etc.), por lo que este texto solo hará referencia a uno de ellos: al Tratamiento de la foto como Dato Personal.

Estas recomendaciones tienen un enfoque preventivo con miras a que una empresa directamente (*Responsable del Tratamiento*) o a través de terceros (*Encargado del Tratamiento*) evite vulnerar los derechos de cualquier persona o cliente (*Titular del Dato*).

Este documento no es un concepto legal ni constituye asesoría jurídica. Tampoco pretende ser un listado exhaustivo de recomendaciones específicas sobre todos los temas o contextos que involucra la foto. Téngase presente que existen muchas hipótesis sobre las condiciones de modo, lugar o situación en la que se toma u obtiene la foto (en redes sociales digitales, páginas web, un partido de fútbol, un concierto, en el colegio, en la casa, en la calle, en un evento público, en el sitio de trabajo) o respecto de la persona fotografiada (un niño, una celebridad, un funcionario público, entre otras). Por esta razón, la presente guía no entrará a analizar cada una de ellas porque es un asunto que depende de las particularidades de cada caso.

Las orientaciones contenidas en este texto son de carácter general y solo comprenden algunos de los temas más relevantes de la foto como Dato Personal. Por consiguiente, el lector debe tener claro que este documento no incluye todos los deberes legales sobre la materia y que la omisión de algunos de ellos en esta guía no lo exime de cumplir la totalidad de las obligaciones jurídicas

Finalmente, durante 2019 esta entidad emitió dos (2) guías para que sean tenidas en cuenta por parte de quienes realizan actividades de *marketing*, publicidad y comercio electrónico, que en ciertos casos involucran el uso de fotos, las cuales son complementarias a la presente. Por eso, se sugiere implementar en lo pertinente las recomendaciones contenidas en los siguientes documentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:

Guía sobre el Tratamiento de Datos Personales para fines de comercio electrónico

Guía sobre el Tratamiento de Datos Personales para fines de marketing y publicidad

Los textos están disponibles en la página web www.sic.gov.co, **sección de publicaciones** de la Delegatura para la Protección de Datos Personales en el siguiente enlace: <https://www.sic.gov.co/tema/proteccion-de-datos-personales>



La foto desde diversas perspectivas jurídicas

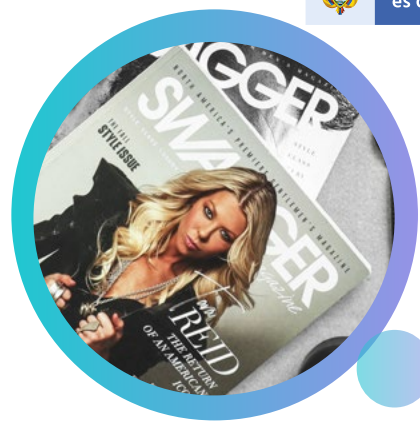
Aunque esta guía se centra en el estudio de la foto como Dato Personal, es relevante tener presente que el análisis jurídico de ésta puede hacerse desde varios enfoques complementarios (no excluyentes). Todos son importantes y deben respetarse y analizarse en cada caso. Es factible que frente a una situación específica todos o algunos concurren. Por ejemplo, dadas las particularidades del caso, puede concluirse que una foto de una persona no es protegida por la regulación de derechos de autor, pero sí por la de Tratamiento de Datos Personales.

Las siguientes son las principales perspectivas jurídicas de las fotos:

- **(I) La foto y los derechos de autor:** Según la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) "no todas las fotografías están protegidas por el derecho de autor, sino solo aquellas que tengan mérito artístico. No obstante lo anterior, el mérito artístico aquí descrito está referido esencialmente a la originalidad de la obra, la cual será determinada caso a caso. En el evento de ser protegida, la titularidad de la obra recaerá sobre su autor (creador)"⁴



⁴ Cfr. DNDA concepto jurídico de 27 de marzo de 2020, escrito 2-2020-21352.



- **(II) La foto y los actos de competencia desleal:**

Según el artículo 15 de la Ley 256 de 1996, "se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado". El uso indebido de fotos puede ser considerado como un acto de explotación de la reputación ajena. A título de ejemplo, en la Sentencia 1990 de 30 de abril de 2012 de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio se concluyó que una sociedad "incurrió en el acto de competencia desleal de explotación de reputación ajena respecto de la publicación de la imagen de la demandante" en una revista. Y, adicionalmente, se le ordenó "abstenerse de utilizar la imagen" de una ex señorita Colombia "en sus notas editoriales con fines publicitarios, siempre que no cuente con la debida autorización [sic] para tal efecto."⁵

- **(III) La foto y el derecho a la imagen:** Esta entidad, ha sostenido que "una fotografía (...), que es utilizada para ser entregada al público como incentivo para que adquiera un producto, reviste un carácter comercial que se aleja bastante del carácter artístico, literario, científico, didáctico o cultural al que hacen referencia las normas de propiedad intelectual, por lo cual no es dable ampararse en los derechos del titular de la fotografía física, para desconocer los derechos a la propia imagen que tiene la persona que en ella aparece.

⁵ Cfr. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1990 de 30 de abril de 2012. Expediente 08-058739. El texto de la sentencia puede consultarse en: https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/sentencia%20de%20competencia%20desleal/Sentencia_1990_2012.pdf

Admitir lo contrario, es decir, que cualquier fotografía tomada en público constituye una obra artística protegida por los derechos de autor, y que la publicación de dicha fotografía es absolutamente libre (libertad que abarcaría el uso de la fotografía con fines comerciales), equivaldría a permitir e incentivar que se desconociera el derecho fundamental que tiene la persona sobre su propia imagen y propiciaría que cualquiera pudiera utilizar con fines comerciales o publicitarios, fotografías (...) para vincularlos sin su autorización, como parte de campañas publicitarias para promover la adquisición de productos"⁶.

(IV) La foto como documento que contiene Datos Personales.

A continuación, nos referiremos a este aspecto.

La foto como documento que contiene Datos Personales Sensibles

De conformidad con el artículo 243 de la Ley 1564 de 2012,

8

"Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares".



Como se observa, la definición legal de 'documentos' es muy amplia y comprende, entre otras, las fotos y las videograbaciones. Estos documentos pueden contener diferentes tipos de información dentro de la cual están los Datos Personales, caso en el cual se deben observar las reglas de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y sus normas reglamentarias.

Ahora, es importante relieves que no toda foto es, *per se*, un dato personal. Solo lo serán aquellas que contengan *"cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables"*⁷. Por eso, la foto será Dato Personal en la medida en que permita establecer la identidad de una o varias personas naturales en particular. Si, por ejemplo, la foto contiene la imagen de personas con máscaras en su rostro o que están de espaldas de tal forma que no se pueda establecer la identidad de cada una de ellas, pues esa fotografía no es un Dato Personal.



⁶ Ibidem Pág. 9-10.

⁷ Esta es la definición legal de Dato Personal del literal c) del artículo 3 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012.



Adicionalmente, nótese que algunas fotos captan la imagen de la cara de las personas u otras partes de su cuerpo que permiten identificarlas. Estas imágenes se consideran información biométrica. Los Datos Biométricos, a su vez, son un ejemplo de Dato Sensible⁸ tal y como se puede constatar en la definición legal del artículo 5 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012. Los «datos biométricos»: incluyen información sobre las características físicas (rostro; huella dactilar; palma de la mano; retina; ADN) y “comportamentales” (forma de firmar, tono de voz) sobre las personas⁹. En la regulación europea son definidos como: “*datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos*”¹⁰.

En suma, quien toma una fotografía a personas naturales determinadas o determinables está recolectando y tratando Datos Personales. Razón suficiente para cumplir las normas señaladas y usar las fotos únicamente para los fines autorizados por el Titular del dato o por la ley.

⁸ Los Datos sensibles fueron definidos en la Ley 1581 de 2012 y en el Decreto 1377 de 2013 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” (Artículo 5 de la ley 1581 de 2012, repetido en el numeral 3 del artículo 3 del Decreto 1377 de 2013, incorporado en el Decreto 1074 de 2015).

⁹ Saini, Nirmala y Sinha, Aloka. Soft biometrics in conjunction with optics based bihashing. Optics Communications, Volume 284, Issue 3, pag. 756. February 2011.

¹⁰ Cfr. Numeral 14 del artículo 4 del Reglamento Europeo de Protección de Datos (2016): PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2016) REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO (27 de abril de 2016) relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).



De las fotografías en el ámbito personal o doméstico

9

Téngase presente que el artículo 2 de la Ley 1581 de 2012 establece una serie de casos a los que, en principio, no es aplicable dicha ley¹¹. Uno de ellos es “las Bases de Datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico”, el cual comprende “*aquellas actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de las personas naturales*”¹². Así, por ejemplo, estas reglas no aplican cuando una persona toma fotos a sus hijos para conservarlas en el álbum familiar.

¹¹ Se trata de situaciones excepcionales que no se sustraen totalmente de algunos principios constitucionales que fueron recogidos en el artículo 4 de la Ley 1581. Lo anterior se recalca con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2 en donde ordena que los “principios sobre protección de datos [sic] serán aplicables a todas las bases [sic] de datos [sic], incluidas las exceptuadas en el presente artículo, con los límites dispuestos en la presente ley y sin reñir con los datos [sic] que tienen características de estar amparados por la reserva legal. En el evento que la normatividad especial que regule las bases [sic] de datos [sic] exceptuadas prevea principios que tengan en consideración la naturaleza especial de datos [sic], los mismos aplicarán de manera concurrente a los previstos en la presente ley”.

¹² Cfr. Artículo 2 del Decreto 1377 de 2013 (Incorporado en el Decreto 1074 de 2015).



La norma mencionada dice:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación. (...) El régimen de protección de datos personales que se establece en la presente ley no será de aplicación de en los siguientes casos:”



a) A las bases [sic] de datos [sic] o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico. Cuando estas bases [sic] de datos [sic] o archivos vayan a ser suministrados a terceros se deberá, de manera previa, informar al Titular y solicitar su autorización [sic]. En este caso los Responsables y Encargados de las bases [sic] de datos [sic] y archivos quedarán sujetos a las disposiciones contenidas en la presente ley;”

10

Para la Corte Constitucional, la expresión “*mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico*” no puede predicarse de las personas jurídicas ni comprende el Tratamiento de Datos cuando ellos circulan internamente¹³ en una organización, gremio o grupo corporativo¹⁴.

En el artículo 2 del Decreto 1377 de 2013 se incorporó lo precisado por la misma corporación en el sentido de establecer que las Bases de Datos personales y domésticas son las de las personas naturales. No obstante, según ese decreto no basta que la Base de Datos sea de una persona natural, sino que ésta se utilice dentro del contexto de “*la vida privada o familiar*” de esa persona.

¹³ Preciso la Corte que “no puede entenderse que el primer contenido normativo del literal a) se extienda al tratamiento de cualquier dato cuando circule internamente, como pretende ASOBANCARIA. En primer lugar, (...) para que opere la excepción, por voluntad del legislador, se requiere además que los datos sean mantenidos por una persona natural en su esfera íntima. (...) En segundo lugar, (...) El que los datos no circulen o circulen internamente, no asegura que su tratamiento no pueda tener consecuencias adversas para su titular. Piénsese por ejemplo en las hojas de vida de los empleados de una empresa mantenidas en el ámbito interno; si bien no van a ser divulgadas a terceros, su tratamiento y circulación interna sí puede traer consecuencias negativas para el titular del dato (por ejemplo, en términos sancionatorios o de ascensos), razón por la cual deben estar sujetas a las reglas generales que consagra el proyecto de ley”. (Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011, numeral 2.4.5.3.1)

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011, numeral 2.4.5.3.1

Así las cosas, la excepción no cobija, entre otras, al comerciante que toma fotos de sus clientes para efectos de utilizarlas en una campaña de publicidad. En este caso, el uso de esa Base de Datos no se enmarca en el contexto familiar o privado de ese comerciante sino dentro su faceta como profesional del comercio.

En otras palabras, no toda Base de Datos de una persona natural queda excluida de la aplicación de la Ley 1581 de 2012, pues, se reitera, es necesario que el uso de los datos sea para la vida privada o familiar.

Ahora bien, si una persona toma fotos de sus amigos para fines privados (no comerciales) y desea suministrarlas a terceros, en ese caso, según la Ley 1581 de 2012, deberá previamente informarle de ello a la persona fotografiada y solicitar la Autorización para entregar las fotografías a terceros. En este caso, dice la ley, el fotógrafo queda sujeto a las disposiciones legales solo por proporcionar los datos de sus amigos a terceros.





De las fotos para fines periodísticos y editoriales

Al igual que en el caso anterior, la Ley 1581 de 2012 tampoco aplica a las “bases [sic] de datos [sic] y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales”. Esta excepción no incluye las Bases de Datos que tienen los medios de comunicación para fines comerciales o de *marketing*¹⁵. Tampoco aplica cuando, por ejemplo, un periodista usa fotos como parte de las piezas de publicidad para vender sus productos.

La Corte explicó que esta excepción “(...) pretende evitar que las bases [sic] de datos [sic] y archivos de carácter periodísticos se vean sometidos a los mismos límites que la información general, lo que podría traducirse en una limitación desproporcionada de la libertad de prensa, e incluso en censura -piénsese por ejemplo en la posibilidad de la obligación de revelar las fuentes”¹⁶.

En otras palabras, la idea de esta excepción es no aplicar en su totalidad las reglas generales de Tratamiento a los datos que se recolectan con fines de publicación, transmisión u otras formas de comunicación pública de material periodístico.



¹⁵ Sobre el particular concluyó la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-748 de 2011, numeral 2.4.5.6 que, debe “aclararse que las bases [sic] de datos [sic] a las que se refiere el literal d) del artículo 2, son aquellas de contenido eminentemente periodístico, y no aquellas que están en poder del medio de comunicaciones en virtud de otras actividades, como aquellas encaminadas a fines comerciales o publicitarios. Así, las Bases de Datos con la información de los suscriptores de un periódico sí estarán sujetas a la regulación de la futura ley estatutaria”.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, numeral 2.4.5.6





RECOMENDACIONES

Sin perjuicio de todos los deberes legales que les corresponde cumplir a los Responsables y Encargados del Tratamiento de fotos, a continuación hacemos énfasis en algunos de ellos desde la perspectiva del régimen jurídico de la Protección de Datos Personales.

I. Obtener Autorización previa, expresa e informada para tomar fotos y usarlas

12

Por regla general, quien toma una foto o quien contrata a un fotógrafo para que tome fotografías debe estar autorizado por el Titular del dato (la persona fotografiada) o por la ley para tomar y usar las fotos para fines específicos.

Para la recolección y uso de fotos como Datos Personales Sensibles deben observarse las reglas especiales señaladas en el artículo 6 del Decreto 1377 de 2013¹⁷ en concordancia con lo dispuesto en los artículos 9 y 12 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012.

La obtención de la Autorización especial puede hacerse mediante cualquiera de los medios previstos en el artículo 7 de dicho decreto. No obstante, no debe perderse de vista que el Responsable del Tratamiento debe estar en capacidad de demostrar que obtuvo el consentimiento previo, expreso e informado del Titular de Datos. De hecho, no solo el Titular tiene el derecho de "solicitar prueba de la citada autorización [sic]"¹⁸,



sino que el Responsable del Tratamiento debe "solicitar y conservar, en las condiciones previstas en esta ley, copia de la respectiva autorización otorgada por el titular"¹⁹.

Es fundamental que la Autorización cumpla esos tres requisitos porque, de lo contrario, con la omisión de alguno de ellos no podrá usar los datos lícitamente. Recuerde que debe demostrar que tiene prueba de la Autorización y que informó lo que ordena el artículo 12 de la Ley 1581 de 2012.

¹⁷ Incorporado en el Decreto 1074 de 2015.

¹⁸ Cfr. Literal b) del artículo 8 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012.

¹⁹ Cfr. Literal b) del artículo 17 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012.



Tenga presente estos mandatos legales:

✓ *"El Tratamiento sólo [sic] puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos [sic] personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización [sic], o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento"²⁰ (Principio de Libertad).*

✓ *"(...) en el Tratamiento se requiere la autorización [sic] previa e informada del Titular, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior"²¹.*

✓ *"El Responsable del Tratamiento deberá adoptar procedimientos para solicitar, a más tardar en el momento de la recolección de sus datos [sic], la autorización [sic] del Titular para el Tratamiento de los mismos e informarle los datos [sic] personales que serán recolectados así como todas las finalidades específicas del Tratamiento para las cuales se obtiene el consentimiento"²².*

✓ *"Los Responsables deberán conservar prueba de la autorización [sic] otorgada por los Titulares de datos [sic] personales para el Tratamiento de los mismos"²³.*

✓ *Es derecho del cliente o de cualquier persona (Titular del Dato): "Solicitar prueba de la autorización [sic] otorgada al Responsable del Tratamiento"²⁴.*



13



²⁰ Cfr. Literal c) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012.

²¹ Cfr. Artículo 9 de la Ley 1581 de 2012.

²² Cfr. Artículo 5 del Decreto 1377 de 2013.

²³ Cfr. Artículo 8 del Decreto 1377 de 2013.

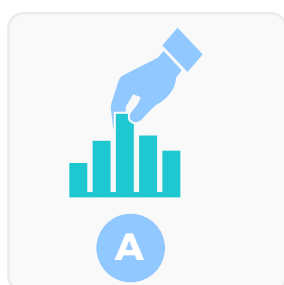
²⁴ Cfr. Literal b) del artículo 8 de la Ley 1581 de 2012.

II. Verificar la procedencia legítima de las fotos que le suministran terceros

Si usted o su empresa no adquieren las fotos directamente del Titular, sino que les son suministradas por terceros, asegúrese de que ellos: (i) obtuvieron lícitamente las fotos y (ii) están autorizados a suministrarle a usted esa información para usarla con fines específicos.

No olvide que adquirir fotografías "piratas", "ilegales" o de dudosa procedencia podría generarle responsabilidad administrativa, civil y penal.

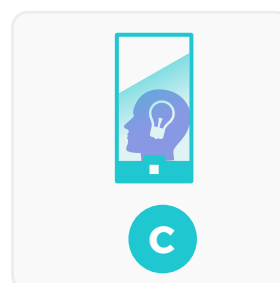
En definitiva, como Responsable del Tratamiento le corresponde probar que adquirió legítimamente los Datos. Por ende, debe:



Abstenerse de recolectar y usar datos sin autorización



Efectuar una debida diligencia sobre la procedencia de las fotos que no adquiere directamente del cliente o persona (Titular del Dato).



No adquirir fotografías ilegales, so pena de las consecuencias legales que esto conlleva.

14

III. Tener presentes las reglas especiales para tratar fotos de menores de 18 años

El artículo 44 de nuestra Constitución Política ordena que los niños deben ser protegidos, entre otros, "*contra toda forma de (...) explotación (...) económica*". Precisa ese artículo que los niños no solo "*gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia*" sino que "*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*". (Destacamos).

Téngase presente que los menores de edad son Titulares del derecho de Protección de Datos Personales y que éste es de naturaleza autónoma e independiente de la privacidad o intimidad. Adicionalmente, las fotos hacen parte de la identidad de los menores, la cual incide en su presente y futuro como seres humanos.



Imagen de Pexels



El artículo 7 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012

Exige que en el "Tratamiento se asegurará el respeto a los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes" y prohíbe, como regla general, "el Tratamiento de datos [sic] personales de niños, niñas y adolescentes, salvo aquellos datos [sic] que sean de naturaleza pública." El artículo 9, por su parte, recalca que "sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley, **en el Tratamiento se requiere la autorización [sic] previa e informada del Titular**, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior."

El Decreto 1074 de 2015 precisa:

"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 7 de la Ley 1581 de 2012 y cuando dicho Tratamiento cumpla con los siguientes parámetros y requisitos:



Cumplidos los anteriores requisitos, **el representante legal del niño, niña o adolescente otorgará la autorización** previo ejercicio del menor de su derecho a ser escuchado, opinión que será valorada teniendo en cuenta la madurez, autonomía y capacidad para entender el asunto.

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 presente capítulo. (...)."

IV. Informar al fotografiado (Titular del Dato) los fines específicos para los cuales se usarán las fotos

El artículo 5 del Decreto 1377 de 2013 ordena que el “*Responsable del Tratamiento deberá adoptar procedimientos para solicitar, a más tardar en el momento de la recolección de sus datos [sic], la autorización [sic] del Titular para el Tratamiento de los mismos e informarle los datos [sic] personales que serán recolectados así como **todas las finalidades específicas del Tratamiento para las cuales se obtiene el consentimiento.***”

De esta manera, resulta imprescindible informar las finalidades concretas y determinadas para las que se usarán las fotografías. De tal suerte que si se utilizan con fines publicitarios deberá informarse si es para ofrecer bienes y servicios para niños (por ejemplo juguetería) o para adultos.

16

Tenga presente que debe existir total transparencia respecto del fotografiado, es decir, que debe ser consciente de la finalidad específica de esa imagen.

V. Abstenerse de obtener fotos de manera engañosa y no asumir que las fotos de acceso público puede usarlas libremente

Recuerde que está prohibido “*utilizar medios engañosos o fraudulentos para recolectar y realizar Tratamiento de datos [sic] personales*”²⁵, como las fotos. Adicionalmente, si una foto es de acceso público (por ejemplo está disponible en internet o redes sociales digitales) ello no significa que esa foto sea un dato personal de naturaleza pública²⁶

²⁵ Cfr. artículo 4 del Decreto 1377 de 2013.

²⁶ El párrafo 2 del artículo 5 del Decreto 1377 de 2013 ordena que “Los datos personales que se encuentren en fuentes de acceso público, con independencia del medio por el cual se tenga acceso, entendiéndose por tales aquellos datos o bases de datos que se encuentren a disposición del público, pueden ser tratados por cualquier persona siempre y cuando, por su naturaleza, sean datos públicos.”

VI. Exigir el respeto de la regulación de Protección de Datos a los terceros que contrate para tratar fotos

Si una empresa -*Responsable del Tratamiento*- contrata a otra empresa o a un tercero -*Encargado del Tratamiento*- para que tome fotos, debe exigirle el cumplimiento de su Política de Tratamiento de Datos Personales y los deberes legales que esto conlleva.

Recuerde que esos terceros (empresas de publicidad, fotógrafos) obran por cuenta del Responsable del Tratamiento, y que éste responde frente a los Titulares de los datos y las autoridades por los errores o negligencia de ellos. Además, la ley les impone a estos la obligación de cumplir con una serie de deberes²⁷.

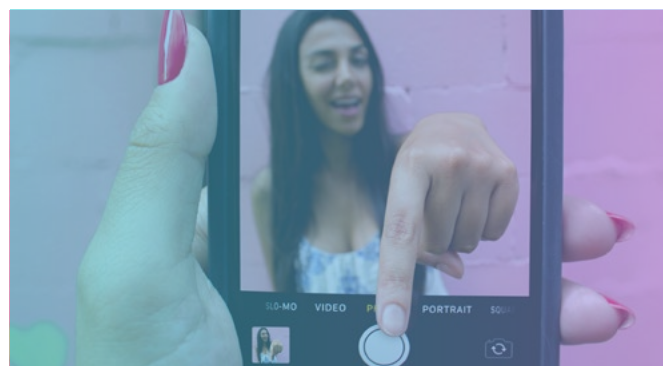
Se recomienda que en los contratos de prestación de servicios se pacten con esos terceros las obligaciones especiales y los deberes que deben cumplir sobre Tratamiento de Datos Personales. Deje claro qué pueden hacer y qué no. Es fundamental que, por ejemplo, se pacten cláusulas contractuales en las que se obliguen a:

Cumplir sus políticas de Tratamiento de información.

Garantizar seguridad y confidencialidad de las fotos.

No usar las fotos para fines diferentes a los autorizados o contratados.

No apropiarse de las fotos ni quedarse con ellas luego de culminado el contrato de prestación de servicios.



²⁷ Los deberes de los Encargados están previstos en el artículo 18 de la Ley 1581 de 2012.



Industria y Comercio

SUPERINTENDENCIA

www.sic.gov.co

 @sicsuper

 Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia

 Superintendencia de Industria y Comercio

Conmutador: **(571) 5 870 000** - Contact Center: **(571) 5 920 400**
Línea gratuita nacional desde teléfonos fijos: **01 8000 910 165**



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia