

MEMORANDO

RADICACIÓN CORRESPONDENCIA INTERNA	
	I-2018-59490
Fecha	17/09/2018
No. Referencia	

DE: **JENNY ADRIANA BRETÓN VARGAS**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

PARA: **DIANA PATRICIA GONZÁLEZ RUIZ**

Directora de Inclusión e Integración a Poblaciones

ASUNTO: Concepto sobre autorización para el tratamiento de datos personales de menores estudiantes para elaborar lineamientos de un programa de educación para la sexualidad

REFERENCIA: Correo del 22/08/2018

De conformidad con su consulta del asunto, elevada mediante el radicado de la referencia, esta Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto, de acuerdo a sus funciones establecidas los literales A y B¹ del artículo 8 del Decreto Distrital 330 de 2008, y en los términos del artículo 28 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Consulta jurídica.

Previamente, le precisamos que esta Oficina Asesora Jurídica (OAJ) no resuelve casos concretos, por ende, no define derechos, no asigna obligaciones y tampoco establece responsabilidades; sino que emite conceptos jurídicos, entendidos como respuestas a consultas claras, concretas y precisas en forma de pregunta sobre un punto materia de cuestionamiento, duda o desacuerdo que ofrezca la interpretación, alcance y/o aplicación de una norma jurídica o la resolución de una situación fáctica genérica relacionada con el sector educativo.

Bajo ese entendido, su consulta ha sido sintetizada así:

¿Son válidas las siguientes opciones respecto al consentimiento previo, expreso e informado para llevar a cabo el tratamiento de datos personales de menores estudiantes con el objetivo de elaborar una línea base que permita la obtención de indicadores y variables de maternidad y paternidad en contextos escolares, a efectos de elaborar una versión inicial de lineamientos de un programa de educación para la sexualidad:

a. No solicitar consentimiento previo, expreso e informado a los padres de los menores estudiantes.

¹ “Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

A. Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.

B. Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos.”

- b. Solicitar consentimiento previo, expreso e informado únicamente a los padres de los menores estudiantes que no autoricen a sus hijos a contestar los instrumentos, asumiendo que los demás lo han autorizado.
- c. Que cada colegio a su criterio evalúe la necesidad de solicitar consentimiento previo, expreso e informado a los padres de los menores estudiantes.

A continuación, daremos unas orientaciones jurídicas generales respecto a las normas que regulan los asuntos consultados, las cuales usted como interesado podrá aplicar, de acuerdo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su caso concreto.

2. Marco jurídico.

- 2.1. Constitución Política de Colombia de 1991.
- 2.2. Ley 1581 de 2012: Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.
- 2.3. Jurisprudencia constitucional sobre el tratamiento de datos personales de menores.

3. Análisis jurídico.

Para responder la consulta se analizarán los siguientes temas: **i)** casos en los que no se necesita autorización del Titular para el Tratamiento de sus datos personales, **ii)** personas a quienes se les puede suministrar información personal; **iii)** condiciones que deben cumplir las personas que no necesitan autorización del Titular para el Tratamiento de sus datos personales y **iv)** tratamiento de datos personales de menores; y finalmente, **v)** se dará respuesta a la consulta.

Previo a entrar en materia, precisamos que esta Oficina Asesora Jurídica no responde consultas de casos particulares, por ende, a continuación abordaremos el caso consultado de manera general y serán los interesados quienes deberán aplicar las orientaciones generales dadas en este concepto a su caso concreto.

En anteriores oportunidades, esta oficina Asesora Jurídica ya se ha referido al tratamiento y suministro de datos personales de menores por parte de autoridades públicas para el debido ejercicio de sus funciones asignadas legalmente, cuyas consideraciones se reiteran en esta oportunidad.

3.1. Casos en los que no se necesita autorización del titular para el tratamiento de sus datos personales.

El artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 dispone que no es necesaria la autorización del Titular para el Tratamiento de sus datos personales, establecida en el artículo 9 ibíd, cuando se trate de:

“Artículo 10. Casos en que no es necesaria la autorización. La autorización del Titular 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.” (Negritas y subrayado nuestros)

Como se puede apreciar, quienes accedan a datos personales sin autorización previa del titular deben cumplir en todo caso con las medidas establecidas en la Ley 1581 de 2012.

3.2. Personas a quienes se les puede suministrar datos personales.

Adicionalmente, el 13 de la Ley 1581 de 2012 establece las personas a quienes se les puede suministrar datos personales:

“Artículo 13. Personas a quienes se les puede suministrar la información. La información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley podrá suministrarse a las siguientes personas:

- a) A los Titulares, sus causahabientes o sus representantes legales;
 - b) **A las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;**
 - c) A los terceros autorizados por el Titular o por la ley.”
- (Negritas y subrayado nuestros)

3.3. Condiciones que deben cumplir las personas que no necesitan autorización del titular para el tratamiento de sus datos personales.

En la sentencia C-748/11 de la Corte Constitucional, relativa al estudio previo de constitucionalidad de la Ley 1581 de 2012, se dejó sentado lo siguiente respecto al artículo 10 ibídem ya citado:

“2.12. EXAMEN DEL ARTÍCULO 10: CASOS EN LOS QUE NO ES NECESARIA LA AUTORIZACIÓN
(...)

2.12.3. Consideraciones de la Corte
(...)

El artículo 10 del Proyecto de Ley bajo estudio señala las situaciones en las que no es necesaria la autorización, las cuales responden a la naturaleza misma del dato y al tipo de funciones que cumplen. Sin embargo, deben hacerse las siguientes precisiones:

En primer término, se señala que se prescindirá de la autorización cuando la información sea “requerida por una autoridad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial”. Sin embargo, considera la Sala que deben hacerse las mismas observaciones que las contenidas en la Sentencia C-1011 de 2008, al hacer el estudio del Proyecto de Ley Estatutaria de los datos financieros.

En relación, con las autoridades públicas o administrativas, señaló la Corporación que tal facultad “no puede convertirse en un escenario proclive al abuso del poder informático, esta vez en cabeza de los funcionarios del

Estado. Así, el hecho que el legislador estatutario haya determinado que el dato personal puede ser requerido por toda entidad pública, bajo el condicionamiento que la petición se sustente en la conexidad directa con alguna de sus funciones, de acompañarse con la garantía irrestricta del derecho al hábeas data del titular de la información. En efecto, amén de la infinidad de posibilidades en que bajo este expediente puede accederse al dato personal, **la aplicación del precepto bajo análisis debe subordinarse a que la entidad administrativa receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida.**

Para la Corte, esto se logra a través de dos condiciones: (i) el carácter calificado del vínculo entre la divulgación del dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo; y (ii) la adscripción a dichas entidades de los deberes y obligaciones que la normatividad estatutaria predica de los usuarios de la información, habida consideración que ese grupo de condiciones permite la protección adecuada del derecho.

En relación con el primero señaló la Corporación que “la modalidad de divulgación del dato personal prevista en el precepto analizado devendrá legítima, cuando la motivación de la solicitud de información esté basada en una clara y específica competencia funcional de la entidad.” Respecto a la segunda condición, la Corte estimó que una vez la entidad administrativa accede al dato personal adopta la posición jurídica de usuario dentro del proceso de administración de datos personales, lo que de forma lógica le impone el deber de garantizar los derechos fundamentales del titular de la información, previstos en la Constitución Política y en consecuencia deberán: “(i) guardar reserva de la información que les sea suministrada por los operadores y utilizarla únicamente para los fines que justificaron la entrega, esto es, aquellos relacionados con la competencia funcional específica que motivó la solicitud de suministro del dato personal; (ii) informar a los titulares del dato el uso que le esté dando al mismo; (iii) conservar con las debidas seguridades la información recibida para impedir su deterioro, pérdida, alteración, uso no autorizado o fraudulento; y (iv) cumplir con las instrucciones que imparta la autoridad de control, en relación con el cumplimiento de la legislación estatutaria.” (...)” (Negritas y subrayado nuestros)

Bajo los presupuestos legales y jurisprudenciales expuestos, podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. Conforme al artículo 10 de la Ley 1581 de 2012, los casos en que no es necesaria autorización del Titular para el tratamiento de sus datos personales son: **i)** información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial; **ii)** los datos son de naturaleza pública; **iii)** los casos de urgencia médica o sanitaria; **iv)** tratamiento autorizado por la Ley para fines históricos, estadísticos o científicos y **v)** datos relacionados con el registro civil de las personas.
2. En concordancia, el artículo 13 ibídem, establece que se puede suministrar información personal a o por: **i)** los titulares sus causahabientes o sus representantes legales; **ii)** las entidades públicas en ejercicio de sus funciones; **iii)** orden judicial y **iv)** los terceros autorizados por el titular o por la ley.
3. Quien no necesita autorización del titular para realizar tratamiento o suministrársele datos personales debe cumplir con las siguientes condiciones:

- 3.1.** La motivación de la solicitud de información debe estar basada en un claro fundamento legal u orden judicial.
- 3.2.** Una vez accede al dato personal, adopta la posición jurídica de usuario dentro del proceso de administración de datos personales, lo que le impone el deber de garantizar los derechos fundamentales del titular de la información previstos en la Constitución Política, esto es:
 - 3.2.1.** Guardar reserva de la información que les sea suministrada y utilizarla únicamente para los fines que justificaron la entrega.
 - 3.2.2.** Informar a los titulares del dato o a sus representantes legales el uso que le esté dando al mismo.
 - 3.2.3.** Conservar con las debidas seguridades la información recibida para impedir su deterioro, pérdida, alteración y uso no autorizado o fraudulento.
 - 3.2.4.** Cumplir con las instrucciones que imparta la autoridad de control, en relación con el cumplimiento de la legislación estatutaria sobre protección de datos personales.

3.3. Tratamiento de datos personales de menores.

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012, en el Tratamiento de datos personales de los menores se asegurará el respeto a sus derechos prevalentes.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que los datos de los niños, las niñas y adolescentes pueden ser objeto de tratamiento siempre y cuando no se ponga en riesgo la prevalencia de sus derechos fundamentales e inequívocamente responda a la realización del principio de su interés superior², entendido como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, los cuales son universales, prevalentes e interdependientes. Bajo esa conclusión, por su pertinencia, a continuación citamos “in extenso” la sentencia de control previo de constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 1581 de 2012.

“2.3. EXAMEN DEL ARTÍCULO 7: DERECHOS DE LOS NIÑOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

2.9.1. Texto de la disposición

“Artículo 7°. 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.

Es tarea del Estado y las entidades educativas de todo tipo proveer información y capacitar a los representantes legales y tutores sobre los eventuales riesgos a los que se enfrentan los niños, niñas y adolescentes respecto

² Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011.

del Tratamiento indebido de sus datos personales, y proveer de conocimiento acerca del uso responsable y seguro por parte de niños, niñas y adolescentes de sus datos personales, su derecho a la privacidad y protección de su información personal y la de los demás. El Gobierno Nacional reglamentará la materia, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley.”

(...)

2.9.3.2. El fundamento jurídico del principio del interés superior de los menores de 18 años

(...)

El principio del interés superior del menor de dieciocho años, consagrado en distintos convenios de derechos humanos, se encuentra establecido expresamente en el artículo 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia, así “(...) Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Por otra parte, el artículo 25 de este mismo Código, siguiendo el precepto superior de la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años sobre los demás, estableció: “(...) En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona (...)”.

En definitiva, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y adolescentes, deviene del (i) artículo 44 Superior que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y del (ii) marco internacional, que consagra el principio del interés superior de los menores de dieciocho años.

Acerca de los criterios jurídicos que deben observarse para aplicar en concreto el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes, en la jurisprudencia de esta Corporación se han establecido los siguientes:

“En este sentido, en sentencias T-510 de 2003³ y T-572 de 2009⁴, la Corte fijó reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales aplicables para determinar el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares. Veamos:

(i) Garantía del desarrollo integral del niño. Se debe, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. (...)

(ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño. Los derechos de los niños deben interpretarse de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia. (...) En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

(iii) Protección del niño frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta señala que los niños “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.” Por su parte, el

³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

artículo 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece el conjunto de riesgos graves para los niños que deben ser evitados (...)

En todo caso, se debe precisar que esta enunciación no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

(iv) **Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del niño.** Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres, pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del niño. **En este contexto, los derechos e intereses de los padres solo podrán ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevalente.** La forma en que se deben armonizar los derechos y resolver los conflictos entre los intereses de los padres y los intereses del niño, no se puede establecer en abstracto, sino en función de las circunstancias de cada caso particular y sin que pueda, en ningún caso, poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del niño, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, so pena de que el Estado intervenga para resguardar los intereses prevalecientes del niño en riesgo. (...)

(v) **Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño.** El desarrollo integral y armónico de los niños (art. 44 CP), exige una familia en la que los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. (...)

(vi) **Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.** El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir motivos adicionales poderosos, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. “Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella (...)

En definitiva, (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de los derechos fundamentales de los menores de 18 años y también resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de 18 años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes.

(...)

2.9.3.3. El derecho fundamental de los niños, las niñas y adolescentes a ser escuchados

El principio del interés superior de los menores de 18 años se encuentra íntimamente relacionado con su **derecho a ser escuchados**. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del Niño lo define en los siguientes términos:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

El Comité de los Derechos del Niño “El Comité”, a través de la Observación General número 12 acerca del derecho de los niños, las niñas y adolescentes a ser escuchados, realizó el siguiente análisis: (i) **esta garantía los reconoce como plenos sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos**; (ii) este derecho debe ser tenido en cuenta para la interpretación del resto de sus garantías. (iii) Respecto al precepto de que los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados en función de su edad y madurez, el Comité precisó: 1- Ante todo el ejercicio del derecho a emitir su opinión es una opción no una obligación de los menores de 18 años. **2- los Estados partes deben partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida y reconocerles el derecho a expresarse. Es decir, no les corresponde demostrar previamente que tienen esa capacidad.** Es el Estado quien deberá, en concreto, evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma. **3- No existe un límite de edad para que los menores de 18 años manifiesten su libre opinión en todos los asuntos que los afectan, aún más, el Comité desaconseja que los Estados fijen una edad para restringir su derecho a ser escuchados.**⁵ 4- La disposición que se analiza no evidencia que la edad en sí misma determine la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto lo rodea no está ligado a su edad biológica. “Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”. 5- Respecto a la **madurez**, va ligada con el nivel de comprensión de un asunto y la evaluación de sus consecuencias, podría definirse como “la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (...) cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”. **(iv) La opinión del niño, la niña o adolescente debe escucharse en todos los asuntos que los afecten cuando son capaces de expresar sus propias opiniones frente al mismo.**

Por otra parte, en concordancia con **el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Código de la Infancia y la Adolescencia de nuestro país en su artículo 26, reconoce el derecho al debido proceso en los siguientes términos: “En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.** (Subraya fuera de texto)

⁵ En primer lugar (...) a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que (...) Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. En tercer lugar, los Estados Partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades (...) minorías (...) indígenas (...) migrantes y otros (...) en la Observación General número 12 de 2009 del Comité de los derechos del niño.

Frente al contenido de esta garantía fundamental, en particular, el establecido en el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Comité recomienda que en lo posible se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento. Es decir, si un menor de 18 años demuestra capacidad para emitir una opinión con conocimiento de causa sobre su tratamiento, los Estados deberán tomar debidamente esta opinión.

2.9.3.4. El examen de constitucionalidad del artículo 7.

(...)

Esta Sala observa que la interpretación del inciso segundo, no debe entenderse en el sentido de que existe una prohibición casi absoluta del tratamiento de los datos de los menores de 18 años, exceptuando los de naturaleza pública, pues ello, daría lugar a la negación de otros derechos superiores de esta población como el de la seguridad social en salud, interpretación ésta que no se encuentra conforme con la Constitución. De lo que se trata entonces, es de reconocer y asegurar la plena vigencia de todos los derechos fundamentales de esta población, incluido el habeas data.

En este mismo sentido, debe interpretarse la expresión “naturaleza pública”. Es decir, el tratamiento de los datos personales de los menores de 18 años, al margen de su naturaleza, pueden ser objeto de tratamiento siempre y cuando el fin que se persiga con dicho tratamiento responda al interés superior de los niños, las niñas y adolescentes y se asegure sin excepción alguna el respeto de sus derechos prevalentes.

Sumado a la efectividad del interés superior de esta población, también es importante que se les asegure su **derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten**; y el tratamiento de sus datos, sin duda alguna, es un asunto que les concierne directamente.

En definitiva, siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante que la opinión del menor de 18 años sea siempre tenida en cuenta, pues la madurez con que expresen sus juicios acerca de los hechos que los afectan debe analizarse caso por caso. La madurez y la autonomía no se encuentran asociadas a la edad, más bien están relacionadas con el entorno familiar, social, cultural en el cual han crecido. En este contexto, la opinión del niño, niña, y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y el elemento subjetivo de la norma “madurez” deberá analizarse en concreto, es decir, la capacidad que ellos tengan de entender lo que está sucediendo (el asunto que les concierne) y derivar sus posibles consecuencias.

En definitiva, el inciso segundo del artículo objeto de estudio es exequible, si se interpreta que los datos de los niños, las niñas y adolescentes pueden ser objeto de tratamiento siempre y cuando no se ponga en riesgo la prevalencia de sus derechos fundamentales e inequívocamente responda a la realización del principio de su interés superior, cuya aplicación específica devendrá del análisis de cada caso en particular.

En cuanto al inciso 3° del artículo 7° del proyecto debe también resaltarse que no sólo el Estado y las entidades educativas deben desarrollar acciones para evitar el uso inadecuado de los datos personales de los menores de 18 años sino que también son responsables en el aseguramiento de dicha garantía (i) los progenitores u otras personas que se encuentren a cargo de su cuidado y los educadores; (ii) el legislador, quien debe asegurarse que en cumplimiento de sus funciones legislativas, específicamente, en lo referente al tratamiento de los datos personales de los menores de 18 años, dicha normativa no deje de contener las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo armónico e integral, y la efectividad de sus derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política y en los estándares internacionales que existen

sobre la materia; (iii) **el sistema judicial**; específicamente los servidores públicos deben proteger los derechos derivados del uso de los datos personales de los menores de 18 años observando los estándares internacionales o documentos especializados sobre la materia; (iv) los **medios de comunicación**; (v) **las empresas que proveen los servicios de acceso a la Internet, desarrollan las aplicaciones o las redes sociales digitales**, a quienes se advierte que deben comprometerse en la defensa de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

En definitiva, existe una corresponsabilidad de todos los actores frente al manejo y tratamiento de la información de los niños, niñas y adolescentes.⁶ (Negritas y subrayado nuestros)

En conclusión, el tratamiento de datos personales de menores por parte de entidades públicas en ejercicio de sus funciones legales está autorizado, siempre que se cumplan los deberes de: **i)** protección de sus datos personales contra cualquier uso no autorizado o ilegal y **ii)** prevalencia del interés superior de los menores, entendida como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, los cuales son universales, prevalentes e interdependientes.

4. Respuesta.

¿Son válidas las siguientes opciones respecto al consentimiento previo, expreso e informado para llevar a cabo el tratamiento de datos personales de menores estudiantes con el objetivo de elaborar una línea base que permita la obtención de indicadores y variables de maternidad y paternidad en contextos escolares, a efectos de elaborar una versión inicial de lineamientos de un programa de educación para la sexualidad:

- a. No solicitar consentimiento previo, expreso e informado a los padres de los menores estudiantes.**
- b. Solicitar consentimiento previo, expreso e informado únicamente a los padres de los menores estudiantes que no autoricen a sus hijos a contestar los instrumentos, asumiendo que los demás lo han autorizado.**
- c. Que cada colegio a su criterio evalúe la necesidad de solicitar consentimiento previo, expreso e informado a los padres de los menores estudiantes.**

Los artículos 10 y 13 de la Ley 1581 de 2012, relativos a los casos en que no es necesaria la autorización del titular y las personas a quienes se puede suministrar información personal, respectivamente, establecen que se puede suministrar datos personales a autoridades administrativas o judiciales en legítimo ejercicio de sus funciones legales.

Se resalta que, conforme a la jurisprudencia constitucional, quien acceda a datos personales por orden judicial adopta la posición jurídica de usuario dentro del proceso de administración de datos

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011.

personales, lo que le impone el deber de garantizar los derechos fundamentales del titular de la información previstos en la Constitución Política, esto es:

- a. Guardar reserva de la información que les sea suministrada y utilizarla únicamente para los fines que justificaron la entrega.
- b. Conservar con las debidas seguridades la información recibida para impedir su deterioro, pérdida, alteración y uso no autorizado o fraudulento.
- c. Cumplir con las instrucciones que imparta la autoridad de control, en relación con el cumplimiento de la legislación estatutaria sobre protección de datos personales.

En conclusión, es legalmente procedente suministrar datos personales de menores estudiantes por solicitud de autoridades administrativas, pero solamente en aquellos casos en que: **i)** sean solicitadas por autoridades administrativas en legítimo ejercicio de sus funciones legales, **ii)** se cumplan los deberes de protección de sus datos personales contra cualquier uso no autorizado o ilegal, y **iii)** se dé prevalencia al interés superior de los menores, entendida como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos.

Bajo los parámetros normativos y jurisprudenciales anteriores, y para responder puntualmente la consulta, le informamos que, en el caso consultado, **en principio, la SED no estaría obligada a solicitar consentimiento previo, expreso e informado a los padres de los menores estudiantes.**

No obstante, dada la naturaleza de los datos personales que se someterían a tratamiento, y las eventuales implicaciones que el tratamiento de dichos datos podría tener, sugerimos respetuosamente solicitar consentimiento previo, expreso e informado a todos los padres de los menores estudiantes involucrados.

Finalmente, recuerde que puede consultar los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica en la página web de la Secretaría de Educación del Distrito, <http://www.educacionbogota.edu.co>, siguiendo la ruta: *Nuestra entidad / Marco Jurídico / Oficina Asesora Jurídica / Conceptos jurídicos emitidos por la OAJ.*

Cordialmente,

JENNY ADRIANA BRETÓN VARGAS
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Javier Bolaños Zambrano
Abogado Contratista OAJ