

**RADICACIÓN CORRESPONDENCIA DE SALIDA**

No. Radicación: I-2020-72704

Fecha: 21/10/2020

No. Referencia: I-2020-57429.

Bogotá, D.C., 21 de octubre de 2020

Señora
GLADYS MORENO AJIACO
Rectora
Colegio Florida Blanca IED.
Sede A: Calle 70 A No. 94-38
Sede B: Cra 89 No. 67A - 20
Sede C: Cra 90 B No. 71 - 50
escdifloridablanca10@educacionbogota.edu.co
Bogotá, D.C.

Asunto: Respuesta a consulta radicado No. I-2020-57429. Inquietudes sobre clases virtuales.

Respetada rectora,

De conformidad con su consulta del asunto, elevada mediante el radicado del asunto, la Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto, de acuerdo con sus funciones establecidas en los literales A y B¹ del artículo 8º del Decreto Distrital 330 de 2008, y en los términos del artículo 28 del CPACA sustituido por el artículo 1º 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.

Previamente le precisamos que, esta Oficina Asesora Jurídica 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 relacionado con el sector educativo.

Bajo, ese entendido su consulta es la siguiente:

“1. ¿Qué implicaciones tiene para el colegio el hecho de que personas no identificadas ingresen a las clases virtuales desarrolladas a través de plataformas diferentes a la aportada por la SED (Office 365) y tanto estudiantes como docente a cargo hayan visto escenas pornográficas y temas de masturbación realizadas por dichas personas no identificadas?”

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.”

2. *¿Dentro de la autonomía del Gobierno Escolar se puede requerir a todos los docentes para hacer uso únicamente de la plataforma ofrecida por la SED, dado el respaldo con que esta cuenta? ¿Esta exigencia se puede considerar como acoso laboral?*

3. *¿Un docente se puede negar a realizar clases online bajo el argumento que fue contratado para educación presencial, a pesar de que el colegio le ofrezca la capacitación respectiva?*

2. Marco Jurídico.

- 2.1. Constitución Política de 1991.
- 2.2. Ley 115 de 1994 “Por la cual se expide la ley general de educación.”
- 2.3. Ley 1010 de 2006 “Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”
- 2.4. Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.”
- 2.5. Ley 1581 de 2012 “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.”
- 2.6. Decreto 1377 de 2013 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012”, compilado en el Decreto 1074 de 2015.
- 2.7. Resolución 652 de 2012 del Ministerio del Trabajo
- 2.8. Resolución No. 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social.
- 2.9. Directiva 011 de 2020 del Ministerio de Educación Nacional.
- 2.10. Decreto Distrital 088 de 2020.
- 2.11. Resolución No. 0650 de 2020, modificada posteriormente por las Resoluciones No. 713, 786, y 895 de 2020 de la Secretaría de Educación del Distrito.
- 2.12. Circulares No. 05, 06, 09, 12, 13, 14 y 15 de la Secretaría de Educación del Distrito.
- 2.13. Circular No. 21 de 2020 de la Secretaría de Educación del Distrito.
- 2.14. Concepto Defensoría del Pueblo Radicado 20200040701760551.

3. Análisis.

Para responder la consulta se analizarán los siguientes temas: **i)** La educación como servicio público y derecho, y la estrategia “Aprende en Casa”; **ii)** Derecho a la intimidad **iii)** Especificidades en el tratamiento de datos de menores de edad; **iv)** Autorización para el tratamiento de datos; **v)** Política de tratamientos de datos y uso de imagen de la Secretaría de Educación; **vi)** Pronunciamento Defensoría del Pueblo; **vii)** Del acoso laboral; y **viii)** Pronunciamento Subsecretaría de Calidad y Pertinencia

3.1. La educación como servicio público y derecho, y la estrategia “Aprende en Casa”

De acuerdo con el artículo 67 de la Constitución Política, la educación en Colombia posee una doble dimensión: (i) como un servicio público, que exige del Estado y sus instituciones llevar a cabo acciones concretas para garantizar su prestación eficaz y continua a todos los habitantes



del territorio nacional; y (ii) como un derecho, a través del cual se tiene acceso al conocimiento, la ciencia y la técnica, así como a los demás bienes y valores de la cultura. Este derecho ha sido catalogado como un derecho fundamental para los niños y niñas, por expresa disposición del artículo 44 de la Carta.

En este orden de ideas, la Ley 115 de 1994 en su artículo 1º establece que *“(l)a educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes (...)”* y señala las normas generales para regular el Servicio Público de la Educación que cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad.

De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-376 de 2010 *“prohijando los criterios de interpretación que provee la doctrina nacional e internacional se ha señalado que: “la educación comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional: (i) la asequibilidad o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras; (ii) la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema aludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico; (iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y (iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse.”*

A su vez, el Código de Infancia y Adolescencia -Ley 1098 de 2006- establece un marco normativo encaminado a garantizar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes y en su artículo 42 señala como obligaciones en cabeza de las instituciones educativas el facilitar el acceso a los niñas, niños y adolescentes al sistema educativo, garantizar su permanencia, brindar una educación pertinente y de calidad y garantizar la utilización de los medios tecnológicos de acceso, entre otras.

Dada la situación actual del país a causa de la pandemia del COVID-19, el gobierno nacional y distrital de Bogotá han adoptado diversas medidas con el fin de contener la misma en el sector educativo.

La Alcaldesa Mayor de Bogotá, expidió el Decreto Distrital 088 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas complementarias para mitigar el riesgo y controlar los efectos del Coronavirus (Covid-19) en los establecimientos educativos de Bogotá D.C. y se adoptan las medidas necesarias para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público educativo en la ciudad”* a través del cual se adoptó desde el 16 de marzo la modalidad de educación no presencial. En virtud de la cual, los estudiantes continuaron su proceso formativo en sus hogares, bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, familiares, cuidadores y tutores.

El Ministerio de Educación Nacional expidió la Circular 020 del 16 de marzo de 2020, dirigida a gobernadores, alcaldes y secretarios de educación de entidades territoriales certificadas en



educación, en aplicación de lo dispuesto en los numerales 5.1 y 5.2 del artículo 148 de la Ley 115 de 1994, el artículo 5° de la Ley 715 de 2001, y los artículos 2.4.3.4.1. y 2.4.3.4.2 del Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación y en virtud de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Protección Social a través de la Resolución 385 de 2020, en la cual ordenó a las secretarías de educación en todo el territorio nacional ajustar el calendario académico de educación preescolar, básica y media, para retomar el trabajo académico a partir del 20 de abril de 2020.

De igual forma, dicha cartera profirió la Directiva 011 del 29 de mayo de 2020, por medio de la cual estableció las orientaciones para la prestación del servicio educativo en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19 respecto a la continuación del trabajo académico en casa, el posible retorno gradual y progresivo a los establecimientos educativos en alternancia y la organización de los Calendarios Académicos 2020.

De acuerdo con lo anterior, se estableció por el Ministerio que la modalidad de trabajo académico en casa seguiría adelantándose, de conformidad con los programas, guías, plataformas, materiales de apoyo y actividades que posibiliten a los estudiantes seguir avanzando en sus procesos de aprendizaje de acuerdo con las condiciones, contextos, situaciones particulares de las comunidades educativas y recursos educativos disponibles, y en el marco de su autonomía institucional con la cual cuentan las instituciones educativas.

En el marco de lo anterior, la Secretaría de Educación del Distrito expidió la Resolución No. 0650 de 2020, modificada posteriormente por las Resoluciones No. 713, 786, y 895 de 2020, mediante las cuales se ajustó el calendario académico para el año 2020 en los establecimientos educativos oficiales de educación preescolar, básica y media y jardines infantiles en convenio SDIS-SED en la ciudad de Bogotá. En la mencionada Resolución, esta Secretaría determinó que, inicialmente, el período académico comprendido entre el 16 de marzo y el 31 de mayo² de 2020 sería desarrollado bajo la estrategia “Aprende en casa” la cual se prolongó para el segundo período semestral que inició el 13 de julio de 2020 y hasta tanto las condiciones de seguridad en salud permitan definir un proceso eventual de reapertura progresiva y segura³.

Razón por la cual, los estudiantes continuaron con sus procesos de aprendizaje desde sus hogares, bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, familiares, tutores y/o cuidadores.

La estrategia “Aprende en Casa” fue puesta en funcionamiento a través de la Circular 005 de 2020 y con la Circular 006 de 2020 se establecieron lineamientos para la continuidad en la prestación del servicio educativo en la modalidad no presencial, definiéndola como una estrategia que busca fortalecer el hogar como un ambiente de aprendizaje, mediante la cual se ofrecen orientaciones, contenidos en diversos formatos, espacios de conversación y acompañamiento para toda la comunidad educativa del Distrito con ocasión de la contingencia que la ciudad y todo el país está viviendo derivada de la pandemia.

² Conforme la modificación establecida en la Resolución 713 de 2020

³ Según la modificación establecida en la Resolución 895 de 2020



Esta estrategia cuenta con material educativo, un micrositio e información pedagógica y preventiva dirigida a toda la comunidad educativa, y busca fortalecer el hogar como espacio de aprendizaje intencionado, de corresponsabilidad, autonomía, cuidado y protección de niños, niñas, adolescentes y jóvenes. Para su implementación se creó, en un tiempo récord, el micrositio <https://www.redacademica.edu.co/estrategias/aprende-en-casa>, donde se publican orientaciones para los diferentes actores de la comunidad educativa.

En cuanto a los recursos digitales la Circular 005 de 2020 de la Secretaría de Educación del Distrito fue enfática al determinar:

“Frente a estos recursos, es muy importante que se de un adecuado acompañamiento a los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en el uso de internet de manera tal que el mismo sea utilizado como una herramienta para mejorar el aprendizaje de los estudiantes.

Dicho acompañamiento permitirá identificar los riesgos que existen en las plataformas virtuales cuidando la privacidad de estudiantes y familias. Para ello, es necesario activar los filtros de las páginas web, cortafuegos, bloqueo de ventanas emergentes, sistemas de control parental, motores de búsqueda acorde a sus edades, para evitar contenidos no adecuados para los estudiantes.” (Subrayas fuera de texto)

3.2. Derecho a la intimidad

La Constitución Política consagra en su artículo 15 el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, en los siguientes términos:

*“**Artículo 15.** 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.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.”

A su vez, la Ley 1581 de 2012, en su artículo 7º estableció:

*“**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 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.”

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 4º, literal c) de la Ley 1581 de 2012, el tratamiento de datos *“sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento”*.

En ese sentido, de conformidad con el artículo 13 de la misma norma, los datos personales recogidos en bases de datos o archivos podrán 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, y c) a los terceros autorizados por el titular o por la ley.

No obstante, la autorización para el tratamiento de los datos personales 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, en cumplimiento del artículo 10º de la Ley 1581 de 2012.

3.3. Especificidades en el tratamiento de datos de menores de edad.

La Corte Constitucional en sentencia C-784 de 2011, al examinar la exequibilidad del proyecto de ley precedente de la Ley 1581 de 2012, determinó que es dable tratar datos personales de menores de edad, cuando: **a)** la finalidad es garantizar el interés superior; **b)** se asegure el respeto de los derechos fundamentales; **c)** se tenga la opinión del menor de acuerdo a su madurez y, **d)** se cumpla con los requisitos de la ley para el tratamiento de datos personales.

En ese orden de ideas, en dicha providencia manifestó *“(...) 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 (...)”*

Por su parte, el Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, compiló las normas reglamentarias en materia de datos personales y en su artículo 2.2.2.25.2.9. lo correspondiente a la autorización para el tratamiento de datos:

“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:

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

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 el presente capítulo.

La familia y la sociedad deben velar porque los responsables y encargados del tratamiento de los datos personales de los menores de edad cumplan las obligaciones establecidas en la Ley 1581 de 2012 y el presente capítulo”. (Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, está prohibido el tratamiento de datos de menores de edad, excepto cuando: **i.)** Dicha información se clasifica como pública, **ii.)** El tratamiento responde y respeta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y **iii.)** Se asegura el respeto de sus derechos fundamentales.

De conformidad con el Título VI de la Ley 1581 de 2012, los responsables del tratamiento y encargados del tratamiento de los datos deberán cumplir con los deberes consagrados en el artículo 17 y 18 de esta norma, respectivamente.

3.4. Autorización para el tratamiento de datos personales

Con el fin de dar respuesta a su solicitud, es preciso informar que en el tratamiento de los datos personales debe tenerse en cuenta el principio de libertad consagrado en el literal c) del artículo 4° de la Ley 1581 de 2012, según el cual, el tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Frente al particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-748 de 2011 dispuso:

“Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento. Este principio, pilar fundamental de la administración de datos, permite al ciudadano elegir voluntariamente si su información personal puede ser utilizada o no en bases de datos. También impide que la información ya registrada de un usuario, la cual ha sido obtenida con su consentimiento, pueda pasar a otro organismo que la utilice con fines distintos para los que fue autorizado inicialmente. El literal c) del Proyecto de Ley Estatutaria no sólo desarrolla el objeto fundamental de la protección del habeas data, sino que se encuentra en íntima relación con otros derechos fundamentales como el de intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. En efecto, el ser humano goza de la garantía de determinar qué datos quiere sean conocidos y tiene el derecho a determinar lo que podría denominarse su “imagen informática”.”



Respecto a la autorización el Decreto 1074 de 2015, señala en sus artículos 2.2.2.25.2.2. y 2.2.2.25.2.4.:

"Artículo 2.2.2.25.2.2. Autorización. El Responsable del Tratamiento deberá adoptar procedimientos para solicitar, a más tardar en el momento de la recolección de sus datos, la autorización del Titular para el Tratamiento de los mismos e informarle los datos personales que serán recolectados así como todas las finalidades específicas del Tratamiento para las cuales se obtiene el consentimiento.

(...)

Artículo 2.2.2.25.2.4. Modo de obtener la autorización. Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012, los Responsables del Tratamiento de datos personales establecerán mecanismos para obtener la autorización de los titulares o de quien se encuentre legitimado de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.25.4.1., del presente Decreto, que garanticen su consulta. Estos mecanismos podrán ser predeterminados a través de medios técnicos que faciliten al Titular su manifestación automatizada. Se entenderá que la autorización cumple con estos requisitos cuando se manifieste (i) por escrito, (ii) de forma oral o (iii) mediante conductas inequívocas del titular que permitan concluir de forma razonable que otorgó la autorización. En ningún caso el silencio podrá asimilarse a una conducta inequívoca."

3.5. Política de tratamiento de datos personales y uso de imagen de la Secretaría de Educación del Distrito

En cumplimiento de la Ley 1581 de 2012, la Secretaría de Educación del Distrito, en su calidad de responsable del tratamiento de datos personales recolectados en ejercicio de sus funciones, debe garantizar a los titulares el ejercicio del derecho de Hábeas Data, razón por la cual cuenta con una política que puede ser consultada en el siguiente link https://www.educacionbogota.edu.co/portal_institucional/sites/default/files/inline-files/Politica_Tratamiento_Datos_Personales_SED.pdf

A su vez, a través de la Circular 021 de 2020, la citada Secretaría emitió las directrices sobre el uso de imagen y tratamiento de los datos personales de la Entidad, estableciendo que el uso de la imagen y el tratamiento de otros datos personales debe efectuarse conforme a la regulación vigente en la materia y expresamente indica:

"(...) en virtud de lo dispuesto en las normas de uso de imagen y protección de datos personales, lo procedente es que para cada tipo de evento o actividad en la que participen estudiantes de los colegios oficiales y aquellos con los que se contrate la prestación del servicio público educativo, docentes, colaboradores y/o particulares de quienes se obtenga material audiovisual, gráfico, fotográfico u otros datos personales, se obtenga permiso del titular o su representante legal, según corresponda, a través de documento textual, sonoro o audiovisual, donde de forma previa, expresa e informada autorice la respectiva obtención, registro y si es necesaria, la divulgación de datos.

Es importante aclarar que en ningún caso el silencio podrá asimilarse a una conducta inequívoca para autorizar el tratamiento de datos personales.

Así mismo y sin perjuicio de la obtención individual de cada permiso y/o autorización para su tratamiento, la entidad u organismo distrital deberá omitir los datos personales sensibles, privados y semiprivados en actos administrativos, conceptos, informes y demás documentos que deban ser publicados en su página web, así como restringir su acceso a aquellos servidores y contratistas que en el ejercicio de sus funciones, requieran dicha información, según lo dispuesto en el artículo 2.1.1.4.1.1 y siguientes del Decreto 1081 de 2015.”

3.6. Pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo

A través de oficio con Radicado 20200040701760551 del 15 de julio de 2020, la Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo⁴, dio respuesta a una consulta sobre el derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes en relación con las clases virtuales, en dicho documento afirmó:

“ (...) la intromisión en la intimidad ocurre con ocasión a una autorización expresa del titular de esos derechos que avala que se acceda a sus imágenes y datos. Es importante resaltar que la finalidad de las clases virtuales debe ser exclusivamente académica y los datos debe ser para uso de la institución educativa, docentes y estudiantes.

No hay que perder de vista que el tratamiento de los datos debe estar sometido a unas reglas y protocolos para garantizar la seguridad y que impida la adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento, con el fin de preservar los derechos de los titulares. En ese preciso orden de ideas, no podría concluirse de manera generalizada que existe una vulneración o intromisión arbitraria del derecho a la intimidad de los NNA de las instituciones educativas del país, porque sería necesario establecer si media autorización de los padres o representantes legales y opinión del menor.”

(...)

siendo que se encuentra en juego el derecho fundamental a la intimidad de las NNA, sujetos de especial protección constitucional, en contraposición de la medida de grabar las clases que se realizan de manera no presencial por razón del Estado de emergencia, se analizará a través de un test estricto de proporcionalidad si la finalidad es idónea, necesaria y eficaz y si el sacrificio de la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional.

- 1. Finalidad. Frente a este aspecto no se discute que las clases virtuales sean el medio necesario para asegurar y continuar el desarrollo de actividades educativas porque no existe otro medio que permita su realización en las circunstancias de emergencia y aislamiento en que nos encontramos. Sin embargo, no está clara la finalidad de las grabaciones, porque las clases bien podrían desarrollarse de forma virtual y el soporte podría ser expedido por el docente respecto de la participación de los estudiantes y los sistemas de información pueden dar cuenta del inicio y finalización de la actividad, hora, fecha, duración e incluso de los participantes, por lo que no estaría clara la constitucionalidad de la finalidad pretendida.*
- 2. Idoneidad. Si en gracia de discusión se aceptara que la finalidad pretendida es conservar las clases para estudiantes ausentes para que puedan ser retomadas por los estudiantes participantes o como*

⁴ La Defensoría del Pueblo es la Entidad responsable de la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos en el Estado Colombiano.

soportes de su realización, evidentemente, grabarlas es un medio idóneo para su conservación y reproducción.

3. En torno a si existen otros mecanismos menos lesivos para lograr el fin señalado con una eficacia similar a la grabación, la respuesta sería afirmativa porque pueden realizarse por parte de docente memorias de lo ocurrido para el uso de otros estudiantes, para refuerzos y a su vez serían soporte de la ocurrencia de la clase.

De acuerdo a ese análisis, la afectación del derecho a la intimidad de las NNA, aun cuando medie autorización de los adultos que los representan, resulta desproporcionada porque ninguna necesidad existe de realizar grabación de lo que sucede en el escenario de una clase virtual, pues se trata de un espacio en el que al igual que en el salón de clase se hace uso de otro tipo de derechos y libertades, por ejemplo, la libre expresión y libre desarrollo de la personalidad. Además, las presuntas finalidades de la grabación, perfectamente son soportables a través de otros medios, como lo ya expuestos.” (Subrayas fuera de texto)

Finalmente, este organismo concluyó:

“i) Es totalmente legítima la medida de realizar las clases de manera virtual para garantizar el derecho a la educación de las NNA, su acceso y permanencia. Sobre el particular se hace hincapié en la necesidad de que las instituciones educativas cumplan todos los protocolos y requisitos para que se puedan realizar el tratamiento de datos de NNA, con el consentimiento o autorización del titular del derecho. ii) La realización de las clases de manera virtual comporta que se registren imágenes y voces de los participantes y en consecuencia, existe tratamiento de datos de NNA, sin embargo, este tipo de tratamiento debe ser diferenciado de aquel en el que se utilizan grabaciones iii) Aun cuando exista autorización del representante legal para el tratamiento de datos, realizar grabaciones de las clases que se desarrollan de manera virtual resulta desproporcionada e innecesaria porque la finalidad está orientada esencialmente a las necesidades de la institución educativa y no atiende al interés superior de los derechos de las NNA. Además de que puede ser remplazada por otros medios.” (Subrayas fuera de texto)

3.7. Del acoso laboral

La Ley 1010 de 2006 “Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo” establece en su artículo 2º que se entenderá como acoso laboral “*toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo*”. De igual forma, estipula las modalidades de acoso laboral⁵.

⁵ “1. Maltrato laboral: Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeña como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.

2. Persecución laboral: toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.

3. Discriminación laboral: todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.



Por su parte, el artículo 7º *Ibídem* consagra las conductas que constituyen acoso laboral y el artículo 8º menciona aquellas que no constituyen acoso laboral.

La Resolución 652 de 2012 expedida por el Ministerio del Trabajo *“Por la cual se establece la conformación y funcionamiento del Comité de Convivencia Laboral en entidades públicas y empresas privadas y se dictan otras disposiciones”* determinó la obligatoriedad de que las entidades públicas, los empleadores privados y las administradoras de riesgos laborales contarán con un Comité de Convivencia Laboral.

En virtud de lo anterior, la Secretaría de Educación del Distrito conformó un Comité de Convivencia Laboral del Nivel Central y dieciocho Comités Locales a través de la Resolución 2810 de 2012 *“Por la cual se regula la organización y funcionamiento del Comité de Convivencia y Conciliación Laboral de la Secretaría de Educación del Distrito.”*

De conformidad con el numeral 1º del artículo cuarto y el numeral 4º del artículo sexto de la Resolución 2810 de 2012, es el Comité del Nivel Central o los Comités Locales los competentes para conocer de las quejas que puedan constituir acoso laboral:

“ARTÍCULO CUARTO:

FUNCIONES COMITÉ DE CONVIVENCIA Y CONCILIACIÓN CENTRAL:

1. *Recibir en el debido formato y dar trámite a las quejas presentadas en las que se describan situaciones que puedan constituir acoso laboral, así como las pruebas que las soportan.”*

“ ARTÍCULO SEXTO:

FUNCIONES COMITÉS DE CONVIVENCIA Y CONCILIACIÓN LABORALES LOCALES:

(...)

4. *Recibir en el debido formato y dar trámite a las quejas presentadas en las que se describan situaciones que puedan constituir acoso laboral y examinarlas de manrea confidencial.”*

3.8. Pronunciamiento Subsecretaría de Calidad y Pertinencia

Mediante comunicación con Radicado No. I-2020-69837, sobre su consulta, la Subsecretaría de Calidad y Pertinencia con participación de la Subsecretaría de Gestión Institucional, la Dirección de Ciencias, Tecnologías y Medios Educativos, la Dirección de Contratación y la Dirección de Talento Humano, manifestó lo siguiente:

“En atención a la comunicación recibida por parte de la Rectora del Colegio Floridablanca I.E.D. con radicado No. I-2020-57429, a través de la cual solicita se resuelvan algunas inquietudes sobre algunos

4. Entorpecimiento laboral: toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.

5. Inequidad laboral: Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.

6. Desprotección laboral: Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.”



aspectos relacionados con las clases virtuales; de manera atenta, se remite respuesta en los siguientes términos:

“1. ¿Qué implicaciones tiene para el colegio el hecho de que personas no identificadas ingresen a las clases virtuales desarrolladas a través de plataformas diferentes a la aportada por la SED (Office 365) y tanto estudiantes como docente a cargo hayan visto escenas pornográficas y temas de masturbación realizadas por dichas personas no identificadas?”

La Subsecretaría de Calidad y Pertinencia, en atención a que excede sus funciones legales, no realizará una calificación, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, de hechos y conductas que pueden corresponder a la comisión de delitos.

La conducta descrita constituye una clara violación a los derechos de los NNAJ que hacían parte de la referida clase virtual. Lo anterior, no únicamente en la medida que el acceso de un tercero no autorizado a la clase vulnera los derechos de intimidad y habeas data de los estudiantes, sino que el acceso no autorizado generó que los estudiantes fueran sujetos pasivos de conductas que pueden ser reprochables penalmente.

Al respecto, esta Subsecretaría ha precisado que en el marco de sus estrategias pedagógicas las IE pueden decidir adoptar la realización de clases virtuales a través de plataformas, e incluso disponer de su grabación para efectos de posterior consulta por parte de los estudiantes de cada clase. Sin embargo, también se ha señalado claramente que las IE en dichos eventos deben garantizar la protección de los derechos de los NNAJ, en especial de los relacionados con el tratamiento de sus datos personales e intimidad. Para tal efecto, ha recomendado reiteradamente que se utilice la plataforma Teams, en la medida que este aplicativo permite un acceso controlado a las clases y, por tanto, ayuda a prevenir eventuales usos indebidos de los datos de los NNAJ o la posible comisión de conductas punibles.

Ahora, la realización de clases virtuales sin garantizar el debido tratamiento de los datos personales de los estudiantes puede acarrear para el responsable del tratamiento, esto es, la institución educativa, la imposición de las sanciones previstas en el Ley Estatutaria de Habeas Data. Lo anterior, sin perjuicio de las demás acciones civiles o penales que puedan adelantar los representantes legales de los menores.

“2. ¿Dentro de la autonomía del Gobierno Escolar se puede requerir a todos los docentes para hacer uso únicamente de la plataforma ofrecida por la SED, dado el respaldo con que esta cuenta? ¿Esta exigencia se puede considerar como acoso laboral?”

Las instituciones educativas en el marco de su autonomía y estrategias pedagógicas deben determinar qué herramientas tecnológicas utilizarán para implementar la estrategia “Aprende en Casa”. Si bien la implementación de dicha estrategia debe observar las condiciones particulares de cada institución, así como de las familias de los estudiantes, la misma debe garantizar la protección de los intereses superiores de los NNAJ y el debido tratamiento de sus datos personales.

Si bien la Subsecretaría no tiene competencia, dentro de las funciones que le asigna el Decreto 330 de 2008, para intervenir en las decisiones que adoptan los órganos del gobierno escolar (Consejos Directivo y Académico), así como tampoco para precalificar conductas eventualmente constitutivas de acoso laboral, se considera necesario que las IED den a los docentes el acompañamiento necesario en aras de lograr la implementación de la estrategia “Aprende en Casa”.

“3. ¿Un docente se puede negar a realizar clases on-line bajo el argumento que fue contratado para educación presencial, a pesar de que el colegio le ofrezca la capacitación respectiva?”



Las clases en línea o virtuales, como lo indica la solicitud, corresponden a la estrategia implementada por la Secretaría de Educación del Distrito "Aprende en Casa". En tal orden, un docente no puede negarse a su realización.

Con fundamento en la situación de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y Calamidad Pública Distrital, generadas por la pandemia de coronavirus COVID-19, y en concordancia con lo dispuesto por el Decreto Distrital 088 de 2020, que estableció a partir del 16 de marzo de 2020 la modalidad no presencial para las actividades académicas en los colegios públicos e Instituciones de Educación del Distrito Capital, se expidieron las Circulares 02, 03, 04, 05, 06, 12, 13, 14 y 15 de 2020, con el objeto de adoptar medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio educativo en la modalidad no presencial denominada "Aprende en Casa".

En consecuencia, el trabajo en casa desarrollado dentro de la estrategia referida forma parte de las obligaciones que debe cumplir un docente, en calidad de funcionario público, por cuanto se encuentra legalmente implementado en virtud de la emergencia decretada a nivel nacional y desarrollada por la Entidad, conforme a las normas y circulares referidas."

4. Conclusiones

- 4.1. En virtud del artículo 7º de la Ley 1581 de 2012 y el artículo 2.2.2.25.2.9. del Decreto 1074 de 2015, el tratamiento de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes debe responder y respetar el interés superior, asegurar sus derechos fundamentales y contar con la autorización del representante legal del niño, niña o adolescente 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.
- 4.2. De acuerdo con el artículo 4º, literal c) de la Ley 1581 de 2012, el tratamiento de datos "sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento...".
- 4.3. De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012, no es necesaria la autorización del titular de la información cuando se trate de información requerida por entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial (entre otras causales).
- 4.4. En el mismo sentido, el artículo 13 de la Ley 1581 de 2012, señala que la información que cumpla con los requisitos allí previstos puede ser suministrada a las entidades públicas o administrativas en ejercicio de funciones legales o por orden judicial (entre otras causales).
- 4.5. La realización de las clases virtuales encuentra su fundamento en la necesidad de asegurar y dar continuidad al proceso educativo de los estudiantes dentro de la declaratoria de emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19.



- 4.6. La intromisión en la intimidad de los estudiantes y de las familias tiene ocasión con la autorización expresa del titular de esos derechos que avala el acceso a sus imágenes y datos.
- 4.7. Las instituciones educativas cuentan con autonomía institucional en virtud de la Ley 115 de 1994, artículo 77.

5. Respuestas

- 5.1. ***¿Qué implicaciones tiene para el colegio el hecho de que personas no identificadas ingresen a las clases virtuales desarrolladas a través de plataformas diferentes a la aportada por la SED (Office 365) y tanto estudiantes como docente a cargo hayan visto escenas pornográficas y temas de masturbación realizadas por dichas personas no identificadas?***

De acuerdo con la normativa referida con anterioridad y en relación con las clases virtuales es claro que su realización es viable, siempre y cuando se cuente con la autorización o consentimiento, previo, expreso e informado de los representantes legales de los niños, niñas o adolescentes para este fin, dando aplicación a la Ley 1581 de 2012, el Decreto 1074 de 2015 y la política de tratamiento de datos personales y uso de imagen de la Secretaría de Educación del Distrito.

Lo anterior, bajo el entendido que el desarrollo de las clases virtuales obedece a la situación derivada de la pandemia del COVID-19 y de la consecución de las actividades académicas de las instituciones educativas dentro de su autonomía que buscan la continuidad de la prestación del servicio educativo y, por ende, garantizar el efectivo ejercicio de este en su connotación de derecho fundamental, al mismo tiempo que se enmarcan dentro del interés superior de los educandos.

Ahora bien, de conformidad con el pronunciamiento de la Subsecretaría de Calidad y Pertinencia “las IE pueden decidir adoptar la realización de clases virtuales a través de plataformas, e incluso disponer de su grabación para efectos de posterior consulta por parte de los estudiantes de cada clase. Sin embargo, también se ha señalado claramente que las IE en dichos eventos deben garantizar la protección de los derechos de los NNAJ, en especial de los relacionados con el tratamiento de sus datos personales e intimidad. Para tal efecto, ha recomendado reiteradamente que se utilice la plataforma *Teams*, en la medida que este aplicativo permite un acceso controlado a las clases y, por tanto, ayuda a prevenir eventuales usos indebidos de los datos de los NNAJ o la posible comisión de conductas punibles.

Ahora, la realización de clases virtuales sin garantizar el debido tratamiento de los datos personales de los estudiantes puede acarrear para el responsable del tratamiento, esto es, la institución educativa, la imposición de las sanciones previstas en el Ley Estatutaria de *Habeas Data*. Lo anterior, sin perjuicio de las demás



acciones civiles o penales que puedan adelantar los representantes legales de los menores.”

De manera que podrá haber responsabilidad de la Institución Educativa en caso tal de que no se cumpla con el debido tratamiento de los datos que según lo establecido en la normatividad expuesta y en el concepto de la Defensoría del Pueblo debe estar **“sometido a unas reglas y protocolos para garantizar la seguridad y que impida la adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento, con el fin de preservar los derechos de los titulares”**; independientemente de las acciones de carácter civil o penal que los representantes legales de los estudiantes pudiesen incoar.

5.2. *¿Dentro de la autonomía del Gobierno Escolar se puede requerir a todos los docentes para hacer uso únicamente de la plataforma ofrecida por la SED, dado el respaldo con que esta cuenta? ¿Esta exigencia se puede considerar como acoso laboral?*

Al respecto, la Subsecretaría de Calidad y Pertinencia afirma que “Las instituciones educativas en el marco de su autonomía y estrategias pedagógicas deben determinar qué herramientas tecnológicas utilizarán para implementar la estrategia “*Aprende en Casa*”. Si bien la implementación de dicha estrategia debe observar las condiciones particulares de cada institución, así como de las familias de los estudiantes, la misma debe garantizar la protección de los intereses superiores de los NNAJ y el debido tratamiento de sus datos personales.

Si bien la Subsecretaría no tiene competencia, dentro de las funciones que le asigna el Decreto 330 de 2008, para intervenir en las decisiones que adoptan los órganos del gobierno escolar (Consejos Directivo y Académico), así como tampoco para precalificar conductas eventualmente constitutivas de acoso laboral, se considera necesario que las IED den a los docentes el acompañamiento necesario en aras de lograr la implementación de la estrategia “*Aprende en Casa*”.

De conformidad con lo enunciado en el numeral 3.7. será el Comité de Convivencia Laboral respectivo, en primera medida, quien determine las conductas que puedan llegar a constituir acoso laboral en virtud de la Resolución 2810 de 2012 y la Ley 1010 de 2006.

5.3. *¿Un docente se puede negar a realizar clases online bajo el argumento que fue contratado para educación presencial, a pesar de que el colegio le ofrezca la capacitación respectiva?*

Al respecto, menciona la Subsecretaría de Calidad y Pertinencia que “Las clases en línea o virtuales (...) corresponden a la estrategia implementada por la Secretaría de



Educación del Distrito “*Aprende en Casa*”. En tal orden, un docente no puede negarse a su realización.

Con fundamento en la situación de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y Calamidad Pública Distrital, generadas por la pandemia de coronavirus COVID-19, y en concordancia con lo dispuesto por el Decreto Distrital 088 de 2020, que estableció a partir del 16 de marzo de 2020 la modalidad no presencial para las actividades académicas en los colegios públicos e Instituciones de Educación del Distrito Capital, se expidieron las Circulares 02, 03, 04, 05, 06, 12, 13, 14 y 15 de 2020, con el objeto de adoptar medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio educativo en la modalidad no presencial denominada “*Aprende en Casa*”.

En consecuencia, el trabajo en casa desarrollado dentro de la estrategia referida forma parte de las obligaciones que debe cumplir un docente, en calidad de funcionario público, por cuanto se encuentra legalmente implementado en virtud de la emergencia decretada a nivel nacional y desarrollada por la Entidad, conforme a las normas y circulares referidas.”

Adicionalmente, es preciso reiterar la doble connotación que tiene la educación como derecho fundamental y como servicio público de la cual emana la necesidad de la continuidad en su prestación a través de distintos mecanismos adoptados a través de la estrategia “*Aprende en Casa*” como la realización de las clases virtuales y la obligatoriedad del cumplimiento de las funciones de los docentes en su calidad de funcionarios públicos y en su rol de educadores.

En los anteriores términos se da respuesta a su solicitud.

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: Transparencia y acceso a la información pública/ Normatividad / Conceptos Oficina Jurídica.

Atentamente,

Original firmado por
FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Revisó: María Camila Cótamo Jaimes. Abogada Oficina Asesora Jurídica
Proyectó: Yury Peña Gutiérrez- Contratista Oficina Asesora Jurídica