

Señora:
ELIANA DEL CARMEN HERNÁNDEZ SALGADO
Rectora
Escuela Normal Superior Distrital María Montessori - IED
Calle 14 Sur # 14 – 20
Bogotá D.C.

RADICACIÓN CORRESPONDENCIA INTERNA	
	I-2019-75516
Fecha	04/09/2019
No. Referencia	

Asunto: Concepto sobre suministro de datos personales de menor estudiante a madre domiciliada en el extranjero que actúa por apoderada

Referencia: I-2019-65391 del 05/08/2019

En atención a su solicitud 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.

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, sus consultas han sido sintetizadas así:

¿Es posible legalmente entregar datos personales de un menor estudiante (copias del boletín de notas, libro de observaciones, carnet estudiantil, registro civil de nacimiento y tarjeta de identidad) a su madre, quien está domiciliada en el extranjero y actúa por intermedio de un apoderado?

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

¹ "Artículo 8° 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. Marco.

- 2.1. Código Civil_ Ley 84 de 1873, adoptada como legislación permanente por la Ley 57 de 1887
- 2.2. Código de la Infancia y la Adolescencia: Ley 1098 de 2006.

3. Análisis.

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

3.1. Concepto, características y derechos derivados de la patria potestad.

El artículo 288 del Código Civil define la patria potestad como *"el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone"*.

La Corte Constitucional² ha establecido como características de la patria potestad las siguientes:

- a. Se aplica exclusivamente como un régimen de protección a hijos menores no emancipados.
- b. Es obligatoria e irrenunciable pues son padres quienes la tienen, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio.
- c. Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla, a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.
- d. Es indisponible porque su ejercicio no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos en que la misma ley lo permita.
- e. Constituye una labor gratuita porque es un deber de los padres.
- f. Debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre.

La Corte Constitucional³ tiene sentado que los derechos que otorga la patria potestad a los padres del menor de edad son: *"(i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. En relación con el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial.*

El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no involucran procedimientos

² Sentencia C-1003 de 2007.

³ Sentencia C-145 de 2010.

que requieran decisión de autoridad. El segundo, el de representación judicial, comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no solo ante los jueces, sino ante cualquier autoridad y ante particulares, en que deba participar o intervenir el hijo de familia, ya sea como titular de derechos o como sujeto a quien se le imputan responsabilidades u obligaciones.

En cuanto a los derechos de administración y usufructo, éstos se armonizan con el de representación, y se concretan en la facultad reconocida a los padres para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la ley, el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles (C.C., art. 291 y siguientes). Por expresa disposición legal, los rendimientos económicos que producen los bienes del hijo, y cuyo manejo corresponde a los padres a título de derecho de usufructo, constituyen uno de los medios con que éstos cuentan para atender sus obligaciones de crianza, lo cual descarta que los mismos puedan ser utilizados en beneficio exclusivo de los padres (C.C. art. 257)."

3.2. Causales de suspensión y terminación de la patria potestad.

La patria potestad de los padres sobre su hijo menor de edad no emancipado puede ser suspendida o terminada respecto de uno o de ambos: **i)** cuando alguno o ambos fallecen o **ii)** cuando alguno o ambos incurren en alguna de las causales legales para el efecto.

Las causales legales de suspensión y terminación de la patria potestad de los padres sobre sus hijos menores no emancipados, entendidas como la suspensión o terminación de sus facultades de representación legal, administración y usufructo, están contempladas en los artículos 310 y 315 del Código Civil, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 310.— Modificado por el Decreto 2820 de 1974, artículo 42, sustituido por el Decreto 772 de 1975, artículo 7º. La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Asimismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos ~~cónyuges~~ **padres** se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos ~~cónyuges~~ padres, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.

(...)

Artículo 315.—Modificado por el Decreto 2820 de 1974, artículo 45. La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

1. Por maltrato **habitual** del hijo, **en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño.**⁵
2. Por haber abandonado al hijo.

⁴ Nota: La expresión tachada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-262 de 2016 y sustituida por la expresión en negrilla.

⁵ Nota: Las expresiones tachadas fueron declaradas inexecutable por la Sentencia C-1003 de 2007.



3. Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.

4. **Modificado por el Decreto 722 de 1974, artículo 10. Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.**

5. **Numeral adicionado por la Ley 1453 de 2011, artículo 92.** Cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste en aplicación del artículo 25 numeral 2 del Código Penal, que ordena. En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aun de oficio.”

Como se aprecia a partir de las normas citadas, el juez puede dejar el ejercicio de la patria potestad de un menor en: **i)** el padre que continúa con vida o **ii)** en el que no ha dado lugar a los hechos o **iii)** un guardador del menor designado, cuando ambos padres han fallecido o han incurrido en las conductas que ameriten su suspensión o terminación.

No obstante, la Corte Constitucional⁶ ha establecido que la terminación de la patria potestad de los padres respecto a los hijos menores por condena a pena privativa de la libertad mayor a un año (art. 315.5), no opera de manera objetiva, pues el juez de familia debe decidir su conveniencia o no para el hijo menor, teniendo en cuenta su interés superior.

"Nótese que la disposición acusada en manera alguna dispone la pérdida de la patria potestad de pleno derecho, puesto que no es por el solo hecho de la condena a pena privativa de la libertad superior a un año que termina la patria potestad de los padres. El texto normativo en cuestión se orienta a establecer uno de los motivos que pueden permitir a cualquier persona e incluso al juez de familia iniciar un proceso declarativo a fin de establecer si los padres que actúen como demandados brindan las condiciones éticas, morales, familiares y de convivencia para el pleno desarrollo del hijo menor que garantice plenamente la protección especial que éste requiere dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión.

Así, es el juez del proceso, en cada caso concreto, el que determina a la luz del principio del interés superior del menor si resulta benéfico o no para el hijo que la patria potestad que ejercen sus padres se dé por terminada, pero ello, se insiste **no opera de manera objetiva dado que esa circunstancia haría injustificada la existencia de un proceso judicial con esa finalidad. De esta manera, corresponde al juez en cada caso adoptar la mejor decisión para los intereses del menor.**" (Negrita y subrayado nuestros)

Finalmente, se aclara que la suspensión o terminación de la patria potestad debe estar inscrita en el Registro Civil de Nacimiento del menor.

De lo anterior podemos concluir que, la patria potestad concede a los padres las facultades de representación legal (judicial y extrajudicial), administración y usufructo de bienes de sus hijos menores, la cual se suspende o termina por orden judicial cuando alguno o ambos han fallecido o han incurrido en alguna causal legal para el efecto, pero en ningún caso los libera ni exonera de sus deberes de alimentación, crianza, cuidado y educación de sus hijos.

⁶ Sentencia C-997 de 2004.

3.3. 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 la autorización del Titular para el Tratamiento de datos personales, establecida en el artículo 9 ibíd, no es necesaria 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)**

3.4. Personas a quienes se les puede suministrar información personal.

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)**

3.5. Condiciones que deben cumplir las personas que no necesitan autorización del Titular para el Tratamiento de sus datos personales.

En la sentencia C-748 de 2011 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 ibíd 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 superior⁷, 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

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011.



“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.”

(...)

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 2003⁸ y T-572 de 2009⁹, 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

⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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 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.**¹⁰ 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

¹⁰ 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.



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)

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 exigible, 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.¹¹ (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.

¿Es posible legalmente entregar datos personales de un menor estudiante (copias del boletín de notas, libro de observaciones, carnet estudiantil, registro civil de nacimiento y tarjeta de identidad) a su madre, quien está domiciliada en el extranjero y actúa por intermedio de un apoderado?

La patria potestad concede a los padres las facultades de representación legal (judicial y extrajudicial), administración y usufructo de bienes de sus hijos menores no emancipados, la cual se suspende o termina por orden judicial cuando alguno o ambos han fallecido o han incurrido en alguna causal legal para el efecto, pero en ningún caso los libera ni exonera de sus deberes de alimentación, crianza, cuidado y educación de sus hijos.

Bajo las premisas anteriores, podríamos afirmar que mientras la patria potestad de la madre domiciliada en el extranjero no haya sido suspendida o terminada por providencia judicial por haber incurrido en alguna causal legal para el efecto, la misma conserva la facultad de representación legal judicial y extrajudicial de su hijo menor no emancipado.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

Bajo el contexto anterior, la madre estaría legitimada para solicitar, directamente o por intermedio de apoderado, los datos personales de su hijo menor, en ejercicio de su facultad de presentación legal judicial y extrajudicial.

En ese sentido debe recordarse que el literal a del artículo 13 de la Ley 1581 de 2012, relativos a las personas a quienes se puede suministrar información personal, establece que se puede suministrar datos personales a sus representantes legales, v. gr., los padres del menor de edad no emancipado.

Se resalta que, conforme a la jurisprudencia constitucional, quien acceda a datos personales por orden de autoridad judicial o administrativa 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:

- 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.

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

4.1. Responsabilidad de las instituciones educativas frente a sus alumnos.

En la sentencia 25000-23-26-000-1995-1365-01 (14869) del 07/09/2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que podríamos considerar como hito dentro de esta línea dada su reiteración en muchos pronunciamientos de esa misma corporación¹², se dejó sentada la posición imperante respecto a la responsabilidad de las instituciones educativas frente a sus estudiantes, así:

“2. La responsabilidad de los centros educativos frente a sus alumnos

El artículo 2347 del Código Civil, establece que “toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

Así los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.”

La custodia ejercida por el establecimiento educativo debe mantenerse no sólo durante el tiempo que el alumno pasa en sus instalaciones, sino también durante el que dedica a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovidas por éste, incluyendo paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares.

El deber de cuidado surge de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, pues el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente.

Sobre este tema, la doctrina ha dicho:

“Para encontrarse en condiciones de reprochar una falta de vigilancia al demandado, la víctima debe probar que aquél soportaba esa obligación de vigilancia en el momento preciso de la realización del daño... **La obligación de vigilancia se extiende incluso a las horas consagradas al recreo y a los paseos; comienza desde que el alumno queda autorizado para entrar en los locales destinados a la enseñanza y cesa desde el instante en que sale de ellos, a menos que el profesor se encargue de la vigilancia de los alumnos durante el trayecto entre el colegio y la casa; subsiste también aunque no sea ejercida efectivamente, si el profesor se ausenta sin motivo legítimo**”¹³.

Agréguese a lo dicho que si bien dentro de las nuevas tendencias pedagógicas, la educación que se imparte en los colegios debe respetar ciertos parámetros de libertad y autonomía, ello no obsta para que se adopten las medidas de seguridad necesarias con el fin de garantizar la integridad física de los alumnos, respetando desde luego la independencia que se les otorga.

¹² Entre otras sentencias, puede consultarse las siguientes, todas de la sección Tercera del Consejo de Estado: 05001-23-31-000-1998-00634-01(24058) del 28/06/2012, 15001-23-31-000-1997-17123-01(28375) del 29/08/2012, 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251) del 28/08/2014, 05001-23-31-000-1996-02223-01(23343) del 19/11/2012, 66001-23-31-000-2001-00098-01(24884) del 06/03/2013, 73001-23-31-000-1999-02489-01(24779) del 29/08/2012, 63001-23-31-000-1998-00812-01(20144) del 19/08/2011, 85001-23-31-000-1998-00085-01(18627) (R-0085) del 23/08/2010, 05001-23-31-000-1997-03193-01(28796) del 30/10/2013, 50001-23-31-000-1996-5497-01(21188) del 30/01/2013, 76001-23-24-000-1996-02897-01(18468) del 23/06/2010, 05001-23-25-000-1994-00951-01(20135) del 19/10/2011, 05001-23-26-000-1994-00928-01(18279) del 11/05/2011, 41001-23-31-000-1994-07752-01(28433) del 12/06/2014, 50001-23-31-000-1994-04691-01(17497) del 29/10/2012.

¹³ MAZEAUD TUNC. Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1977, primer tomo, volumen II, pág. 545.



Este deber encuentra su fundamento en la protección que debe brindarse al alumno, no sólo respecto de los daños que éste pueda causarse a sí mismo, sino también de los que pueda ocasionar a los demás.

El centro educativo se erige en garante y adquiere la obligación de responder por los actos del educando que pudieran lesionar derechos propios o ajenos, es decir, que **la obligación de cuidado de los maestros con respecto a los alumnos origina responsabilidad de los centros educativos y de los mismos maestros por cualquier daño que los alumnos puedan llegar a causar o sufrir, aunque aquellos pueden exonerarse de responsabilidad si demuestran que actuaron con absoluta diligencia o que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima.**

Así lo establece el inciso final del artículo 2347 del Código Civil: “Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

Debe advertirse que el deber de vigilancia de los centros educativos por los daños que causen o puedan sufrir los alumnos, es inversamente proporcional a su edad o capacidad de discernimiento, es decir, es mayor frente a alumnos menores o con limitaciones físicas o psicológicas, pero será más moderado en relación con alumnos mayores de edad. Es decir, aunque los centros educativos mantienen el deber de seguridad y cuidado sobre todos los alumnos, es claro que entre más avanzada sea la edad de los mismos, mayor libertad de decisión deberá concedérseles y por lo tanto, el deber de vigilancia se mantendrá para advertirlos del peligro, prohibirles el ejercicio de actividades que puedan representarles riesgos y rodearlos de todas las medidas de seguridad aconsejables.

No obstante, sin consideración a la edad de los alumnos, las entidades educativas responderán por los daños que se generen como consecuencia de los riesgos que ellas mismas creen en el ejercicio de las actividades académicas, sin que le sea exigible a los alumnos y padres asumir una actitud prevenida frente a esas eventualidades, en razón de la confianza que debe animar las relaciones entre educandos, directores y docentes. Así por ejemplo, los establecimientos educativos y los docentes responderán por los daños que se cause en ejercicio de una práctica de laboratorio, cuando el profesor encargado de la clase confunda sustancias químicas y ocasione una explosión en la que muere o resulta lesionado el alumno que las manipulaba. En este caso, es evidente la responsabilidad de la institución educativa y del docente, pues es éste quien posee la instrucción académica necesaria para hacer seguras dichas prácticas, sin que sea exigible a los alumnos y padres cerciorarse previamente de la corrección de tales prácticas.” **(Negrita y subrayado nuestros)**

De la cita jurisprudencial transcrita, se pueden sacar las siguientes conclusiones: **i)** el deber de custodia de los maestros y de las instituciones educativas respecto de sus alumnos inicia cuando éstos ingresan al plantel y termina cuando salen de las instalaciones; excepción hecha cuando el profesor se encarga de su vigilancia en la ruta del colegio a su casa; **ii)** dicho deber de custodia se extiende incluso a otras actividades educativas o de recreación como visitas a sitios de interés, paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares; **iii)** el deber de vigilancia es inversamente proporcional a la edad o capacidad de discernimiento de los alumnos, es decir, es mayor frente a alumnos menores o con limitaciones físicas o psicológicas, pero será más moderado en relación con alumnos de mayor edad; y **iv)** los maestros y las instituciones educativas pueden exonerarse de responsabilidad si demuestran que actuaron con absoluta diligencia o que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima.

Otra sentencia relevante dentro de esta línea jurisprudencial es la 05001-23-25-000-1994-00951-01(20135) del 19/10/2011 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dadas las claridades que

hace respecto del deber de las instituciones educativas de responder por el hecho de sus estudiantes y la instrumentalización de medidas preventivas frente a la potencialidad de la materialización de un daño. Veamos:

“Ahora, en relación con las obligaciones de vigilancia y supervisión de los directores de establecimientos educativos, el artículo 2347 del Código Civil señala que son responsables por los hechos de las personas que están bajo su supervisión o dependencia y generalmente se configura por la negligencia o insuficiente vigilancia sobre quien causa el daño. La norma establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2347. Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

(...). Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que por su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

El concepto de director debe entenderse de forma amplia, ya que abarca a todas aquellas personas que de uno u otro modo ejercen funciones directivas en los planteles educativos, tal como lo hacen los profesores¹⁴, razón por la cual a la luz de las disposiciones constitucionales mencionadas debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 2347 del Código Civil, según el cual los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado “pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere, no hubieren podido impedir el hecho”.

Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que el Estatuto Docente, contenido en el Decreto Ley 2277 del 14 de septiembre de 1979 establece como deberes de los docentes vinculados al sector oficial, cumplir la Constitución y las leyes de Colombia y, entre otros, desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo (art. 44).

Con fundamento en el ordenamiento jurídico, se puede concluir que los planteles educativos, a través del director y los profesores, están obligados a cumplir los postulados constitucionales y legales que le imponen velar por la vida y la integridad de sus alumnos en cada una de las actividades desarrolladas por ellos.

El deber de responder, impuesto en la norma, puede abarcar diferentes variantes de daños. Es claro que la principal función es brindar educación¹⁵, pero ésta lleva implícita la obligación de seguridad que asumen, para preservar la integridad física y moral de los alumnos y reintegrarlos sanos y salvos a sus hogares¹⁶.

¹⁴ El artículo 2 del Decreto 2277 de 1979 señala: “Profesión docente. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de conserjería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo”.

¹⁵ Ley 115 de 1994: “Artículo 92.- Formación del educando. La educación debe favorecer el pleno desarrollo de la personalidad del educando, dar acceso a la cultura, al logro del conocimiento científico y técnico y a la formación de valores éticos, estéticos, morales, ciudadanos y religiosos, que le faciliten la realización de una actividad útil para el desarrollo socioeconómico del país. (Subrayado declarado exequible [Sentencia C 555 de 1994](#) Corte Constitucional”.

Al respecto cabe destacar la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la cual se han señalado algunos casos en los cuales se ha configurado la responsabilidad del Estado por la falla del servicio de vigilancia de los estudiantes: (i) cuando por el descuido de los profesores en su calidad de vigilantes, permitieron la ocurrencia de accidentes o no prestaron la seguridad necesaria al interior de sus instalaciones¹⁷; (ii) cuando por la deficiencia en la construcción de las instalaciones de los planteles cayó un muro y causó la muerte de un menor de edad que se encontraba en el lugar por orden de una profesora¹⁸; (iii) cuando por la conducta irregular de un profesor durante un paseo del colegio a la costa, autorizó a los alumnos para ingresar al mar, a pesar de que en ese momento se presentaba “mar de leva” y aun así no estuvo atento y uno de éstos murió cuando su cuerpo golpeó contra las rocas por la fuerza de las olas¹⁹; (iv) cuando un menor de edad que se asistió a un paseo escolar murió por ahogamiento ante la falta de vigilancia de los profesores, quienes solo advirtieron su ausencia a la hora del regreso²⁰; (v) cuando un menor de edad lesionó a una niña de su salón al lanzar un gancho de cosedora que impactó el ojo izquierdo de la menor²¹.

Y en materia específica del deber de seguridad de las instituciones educativas, es dable destacar igualmente el pronunciamiento de la Sección Tercera²² al respecto, en cuanto explicó que los planteles educativos deben adoptar las medidas de seguridad necesarias para garantizar la integridad física de los alumnos, deber que encuentra fundamento en la protección que se debe brindar al educando frente a los daños que pueda causarse a sí mismo y a los demás estudiantes o inclusive, a los profesores y que la única forma de exonerarse de responsabilidad por este tipo de hechos, consiste en demostrar que actuaron con diligencia o que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o por el hecho exclusivo de la víctima²³.

¹⁶ Ley 115 de 1994: “Artículo 104.- El educador. El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad”.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2005. Exp: 22.838.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de febrero de 1996. Exp: 10.395.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1997. Exp: 12.098.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 28 de julio de 2005. Exp: 14.998.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 19 de agosto de 2011. Exp: 20.144.

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Exp: 14.869.

²³ En Argentina, para que opere este tipo de responsabilidad, que se extiende a la seguridad física y moral de los estudiantes e incluye los daños causados por estudiantes a otros, se exige que quien causa el daño sea mayor de diez años y menor de la mayoría de edad legalmente establecida, que la actividad dañosa desplegada configure un acto ilícito, que la conducta nociva se presente dentro del plantel educativo mientras está bajo la vigilancia del director y que el daño lo sufra un tercero, que puede ser otro alumno, un profesor o una persona extraña al establecimiento. Para que opere la exoneración de responsabilidad, la cual en ese país se presume, se debe acreditar que el director estuvo en imposibilidad de impedir el daño, es decir, que adoptó las medidas que estuvieron a su alcance. ARGOGILIA, María Martha. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo. “Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Responsabilidad de los directores de colegio”. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997, pág. 609. Esto se explica por cuanto el director solo tiene influencia moral sobre un alumno dotado de discernimiento, con capacidad para comprenderlas directivas que se le imparten.

En España, la responsabilidad en esta materia es por regla general de carácter objetivo y directo. Sin embargo, se ha precisado que la prestación del servicio público de educación no implica que la administración se convierta en un asegurador universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier daño, razón por la cual se exige que éste último sea consecuencia directa e inmediata del funcionamiento del establecimiento educativo, máxime cuando el servicio que se presta en estos planteles no es de guardería. Se ha señalado igualmente que cobra especial relevancia la participación voluntaria de los alumnos en determinadas actividades, que conlleva a determinar la existencia, o no, del deber de soportar el daño. Se consideran integrados en la organización del servicio, el profesorado, dada su condición de funcionario público, así como otras personas que ejercen funciones del servicio educativo: “Concretamente, en alusión a la responsabilidad patrimonial en materia de educación, ha afirmado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sentencia de 7 de diciembre de 2005, que el dato de la integración en la organización administrativa amplía la noción de funcionario más allá de los límites que resultan del concepto formal, considerando como tales a todo tipo de autoridades, empleados o contratados, e incluso, cualquier agente que por un título desempeñe, aunque de modo ocasional, esas funciones. Además, los alumnos, mientras el servicio está en funcionamiento, se integran también en la organización administrativa, siendo los daños por ellos ocasionados, imputables a la Administración.

El criterio básico de imputación es el funcionamiento anormal o normal del servicio, es decir, el funcionamiento inadecuado por la actuación u omisión negligente del profesorado o de la propia Administración y el correcto funcionamiento del servicio que, no obstante, es susceptible de generar daños debido a los riesgos que forman parte de la actividad educativa”. DÍAZ MADRERA, Beatriz. “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la Educación”. Artículo publicado en “Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudios generales y ámbitos sectoriales”. Tomo II. Valencia, 2009. Págs. 907 a 947.



Por otro lado es preciso resaltar que en estos eventos, juega un papel trascendental la precaución, la prevención y la corrección del daño, a través de la adopción de medidas transitorias tales como la implementación de dispositivos de seguridad²⁴, por ejemplo. Se trata de principios en los que cabe exigir el concurso de todos los actores educativos²⁵, teniendo relevancia el papel del establecimiento educativo como sujeto llamado a ejercer con eficacia las acciones precautorias, preventivas y correctoras ante las acciones que puedan alterar las reglas disciplinarias y de orden del mismo establecimiento (observados los reglamentos, manuales y directivas de control, regulación y vigilancia educativa de cada establecimiento). El daño se previene por la simple posibilidad de que pueda concretarse y si no existe certeza acerca de su ocurrencia presente o futura, se puede acudir a la tutela cautelar y preventiva para eliminar el temor a su realización dentro de los límites que permite la exigencia de no gravar excesivamente la libertad ajena²⁶.” (Negrita y subrayado nuestros)

Como corolario de la jurisprudencia citada, podemos tener lo siguiente: **i)** el deber de formación de las instituciones educativas lleva implícita la obligación de preservar la integridad física y moral de los alumnos y reintegrarlos sanos y salvos a sus hogares; **ii)** El concepto de director del artículo 2347 del Código Civil, mediante el cual se establece el deber de los centros educativos de responder por los actos de sus alumnos, debe interpretarse en sentido lato, incluyendo docentes y directivos docentes; y **iii)** frente a la posibilidad latente de daño presente o futuro, cumple un rol importantísimo la precaución, la prevención y la corrección del daño por parte de todos los actores de la comunidad educativa, a través de medidas tales como la implementación de dispositivos de seguridad, implementados a través de los reglamentos, manuales y directivas de control, regulación y vigilancia educativa de cada establecimiento.

²⁴ En cualquier caso, las medidas preventivas como la propuesta deben ser transitorias, pues de otra forma pueden vulnerar el derecho a la dignidad humana. Corte Constitucional. Sentencia T-220 de 2004. CP Eduardo Montealegre Lynett: “Las conductas con una potencialidad relativa de incidencia en el ámbito de protección del derecho están excluidas del amparo constitucional. En esta medida, formas al parecer inocentes de intromisión en las esferas privadas son, tratándose de menores, duramente censuradas por el orden jurídico. Esto implica que, por ejemplo, en el contexto escolar, donde las directivas y los profesores fungen como instancia de poder y de autoridad, las medidas correctivas deban estar guiadas pedagógicamente y de manera especial, evitando que las mismas por la forma en que se tomen resulten afectando esferas íntimas del menor”.

²⁵ Ley 115 de 1994, artículo 6: “(...)La comunidad educativa está conformada por estudiantes o educandos, educadores, padres de familia o acudientes de los estudiantes, egresados, directivos docentes y administradores escolares. Todos ellos, según su competencia, participarán en el diseño, ejecución y evaluación del Proyecto Educativo Institucional y en la buena marcha del respectivo establecimiento educativo”.

²⁶ DE CUPIS, Adriano. “El Daño” Editorial Bosch. Barcelona, 1975. Págs. 572 a 577. Ahora, cuando se presentan daños que no están íntima y directamente ligados con el servicio de educación como tal, sino que están relacionados con la seguridad física de los alumnos al interior de los planteles educativos, la responsabilidad no puede enfocarse únicamente en relación con tales establecimientos, sino que también debe realizarse un análisis acerca de las obligaciones de toda la comunidad educativa, especialmente la familia y la sociedad inmediata como lo son los demás alumnos que se rodean y acompañan mutuamente a diario. Puede verse la Ley 115 de 1994, artículo 7: “A la familia como núcleo fundamental de la sociedad y primer responsable de la educación de los hijos, hasta la mayoría de edad o hasta cuando ocurra cualquier otra clase o forma de emancipación, le corresponde:

- a) Matricular a sus hijos en instituciones educativas que respondan a sus expectativas, para que reciban una educación conforme a los fines y objetivos establecidos en la Constitución, la ley y el proyecto educativo institucional;
- b) Participar en las asociaciones de padres de familia;
- c) Informarse sobre el rendimiento académico y el comportamiento de sus hijos, y sobre la marcha de la institución educativa, y en ambos casos, participar en las acciones de mejoramiento;
- d) Buscar y recibir orientación sobre la educación de los hijos;
- e) Participar en el Consejo Directivo, asociaciones o comités, para velar por la adecuada prestación del servicio educativo;
- f) Contribuir solidariamente con la institución educativa para la formación de sus hijos, y
- g) Educar a sus hijos y proporcionarles en el hogar el ambiente adecuado para su desarrollo integral”.

Así mismo, el artículo 8: “La sociedad es responsable de la educación con la familia y el Estado. Colaborará con éste en la vigilancia de la prestación del servicio educativo y en el cumplimiento de su función social”.



4.2. ¿Los padres con medida de detención domiciliaria pueden representar a sus menores hijos ante su institución educativa (matrícula, entrega de informes académicos, etc.)?

La condena a pena privativa de la libertad mayor a un año es una de las causales de terminación de la patria potestad de los padres respecto a los hijos menores, en virtud del artículo 315.5 del Código Civil, lo cual conlleva la terminación de las facultades de representación legal (judicial y extrajudicial), administración y usufructo de bienes de sus hijos menores. No obstante, dicha causal no opera de manera objetiva, pues el juez de familia debe decidir su conveniencia o no para el hijo menor en cada caso particular, teniendo en cuenta su interés superior.

Bajo ese contexto, el juez de familia competente puede dejar el ejercicio de la patria potestad de un menor, lo cual incluye la facultad de representación legal extrajudicial, es decir, frente a la institución educativa, en: **i)** el padre que no ha incurrido en causal legal de su suspensión o terminación o **ii)** un guardador designado, cuando ambos padres han incurrido en conductas que ameriten su suspensión o terminación.

4.3. ¿Los padres con medida de detención domiciliaria pueden postularse a los órganos de gobierno escolar de la institución educativa pública de sus hijos?

El artículo 52²⁷ del Código Penal establece que toda pena principal de prisión conlleva la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Por lo tanto, todos los padres con pena principal de prisión y con medida de detención domiciliaria, necesariamente tienen pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y, por lo tanto, no pueden postularse a los órganos de gobierno escolar de la institución educativa pública de sus hijos, en la medida en que las funciones ejercidas por dichos órganos son funciones públicas.

4.4. ¿Qué autoridades son las responsables y qué medidas y procedimientos deben adoptarse para salvaguardar la integridad personal de las niñas y niños no recogidos en el colegio por sus acudientes al término de la jornada escolar o en el paradero de la ruta a la hora establecida?

Son los mismos establecimientos educativos, en virtud de la autonomía escolar, quienes deben instrumentalizar en sus reglamentos internos, las medidas, procedimientos y responsables internos (valga la redundancia) para salvaguardar la integridad física de las niñas y niños no recogidos por sus padres en el colegio por sus acudientes al término de la jornada escolar o en el paradero de la ruta a la hora establecida.

Las medidas internas que, **en principio**, adopte cada centro educativo en sus reglamentos en relación con las autoridades responsables y procedimientos a seguir frente a las niñas y niños en la situación descrita, pueden consistir, entre otras, en que las directivas docentes o docentes responsables: entablen comunicación telefónica con los padres o acudientes del menor para que lo recoja inmediatamente; conduzcan a los menores a su lugar de residencia; en el caso de los niños

²⁷ El artículo 52 del Código Penal establece que la pena principal de prisión conlleva en todos los casos la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por regla general, por un tiempo igual al de la pena y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la ley; y excepcionalmente, de forma permanente en los casos de delitos contra la administración pública.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

en ruta, continuar en el recorrido de la misma y al finalizar, regresar al paradero establecido; e igualmente, comunicación telefónica con sus padres durante la continuación del recorrido; y en su defecto, igualmente, conducción a su sitio de residencia, etc.

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