



MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

CONCEPTO 217036 DE 2020

(octubre 28)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Concepto sobre protección de datos personales en clases virtuales

Cordial saludo.

De conformidad con su consulta del asunto, elevada mediante el radicado 2020-ER- 226142, esta Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto de acuerdo con sus funciones establecidas en los numerales 8, 10 y 11 del artículo 7 del Decreto Nacional 5012 de 2009, y en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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. Objeto

“Como rectora de la Institución Educativa Departamental XXXXX, me veo en la obligación de solicitar a la Secretaría de Educación de Cundinamarca, se me oriente, sobre la petición que se ha presentado por parte del SINDICATO "XXXXX", quienes me han enviado un comunicado, el cual transcribo "De acuerdo a los artículos 7 y 8 del decreto Ley 1377 de 2013, se debe solicitar respetuosamente a los rectores, los formatos, el trámite de solicitud y obtención de autorización del tratamiento de datos de los estudiantes para el manejo e interacción con ellos a través de las redes sociales o medios electrónicos".

Al respecto y frente al tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes (menores de 18 años) pues al ser personas vulnerables e indefensas debido a la falta de madurez para tomar decisiones y actuar con autonomía, el estado y la sociedad se encuentran en la obligación de brindar una protección especial, en procura de garantizar su desarrollo armónico e integral.

Sobre este particular, la ley 1581 de 2012 y el Decreto 1377 de 2013 incorporan reglas especiales para la protección de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes, al punto que el artículo 7 de la ley 1581 de 2012 señala que la recolección y tratamiento de datos personales de menores está prohibida, salvo aquellos datos de naturaleza pública (información relativa al estado civil u ocupación).

De modo que, el Gobierno Nacional a través del artículo 12 del Decreto 1377 de 2013, siguiendo los lineamientos planteados por la Corte Constitucional, estableció que el tratamiento de datos personales de menores de edad debe cumplir dos requisitos: (i) que responda y respete el interés superior, es decir

derechos prevalentes, y (ii) que asegure el respeto de sus derechos fundamentales, de modo que si ese tratamiento afecta algún derecho constitucional del menor, no podrá realizarse.

Si se cumplen estos dos requisitos, el representante legal del menor podrá autorizar de forma previa, expresa e informada el tratamiento de los datos personales del menor, teniendo en cuenta siempre la opinión que éste pueda brindar según su grado de madurez y entendimiento para comprender el asunto.

Por lo anterior, es importante tener presente que la recopilación de datos personales de un menor de edad (dirección, teléfono, correo electrónico, datos biométricos, entre otros) va más allá de la autorización, pues implica el cumplimiento de una serie de requisitos adicionales, que de no acatarse conforme lo indica la ley el responsable del tratamiento de la información puede verse envuelto en engorrosas investigaciones administrativas.

Agradezco doctora XXXXX se me aclare la situación frente a la situación de pandemia del COVID-19, referente al trabajo que se viene realizando en casa por los docentes de las instituciones educativas, ya que hasta el momento no se han pedido autorizaciones a los padres de familia para el tratamiento de datos de los menores de edad; si el Gobierno Nacional ha emitido instrucciones al respecto o que determinaciones tomamos como rectores de las instituciones." [SIC]

2. 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, su consulta ha sido sintetizada así: ¿es necesario obtener autorización de los padres de familia para interactuar con los estudiantes a través de redes sociales o medios electrónicos con ocasión de la estrategia de estudio en casa?

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

3. Marco Jurídico

3.1. Constitución Política de Colombia.

3.2. Código de Infancia y Adolescencia.

3.3. Ley 1581 de 2012.

3.4. Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.

3.5. Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.

3.6. Decreto 637 del 6 de mayo de 2020.

3.7. Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social.

3.8. Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social.

3.9. Resolución 1462 del 25 de agosto de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social.

3.10. Circular Conjunta 11 del 9 de marzo de 2020 del Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Salud y Protección Social.

3.11. Circular 19 del 14 de marzo de 2020 del Ministerio de Educación Nacional.

3.12. Circular 20 del 16 de marzo de 2020 del Ministerio de Educación Nacional.

3.13. Directiva 03 del 20 de marzo de 2020 del Ministerio de Educación Nacional.

3.14. Directiva 05 del 25 de marzo de 2020 del Ministerio de Educación Nacional.

3.15. Directiva 09 del 7 de abril de 2020 del Ministerio de Educación Nacional.

- 3.16. Directiva 10 del 7 de abril de 2020 del Ministerio de Educación Nacional.
- 3.17. Directiva 11 del 9 de mayo de 2020 del Ministerio de Educación Nacional.
- 3.18. Directiva 12 del 2 de junio de 2020 del Ministerio de Educación Nacional.
- 3.19. Directiva 16 del 9 de octubre de 2020 del Ministerio de Educación Nacional.
- 3.20. Corte Constitucional, Sentencia C-748 del 6 de octubre de 2011.

4. Análisis

4.1. Directrices emitidas por el Ministerio de Educación Nacional para el manejo de la emergencia sanitaria

En el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 y la Resolución 1462 del 25 de agosto de 2020, y la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 y el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, con ocasión de la pandemia generada por el coronavirus COVID19, el Ministerio de Educación Nacional ha expedido una serie de lineamientos para adelantar, temporalmente, actividades escolares no presenciales, con el fin de proteger la vida de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, y sus familias; y para retornar gradualmente a las clases presenciales mediante el modelo de alternancia.

Así, inicialmente, mediante Circular Conjunta 11 del 9 de marzo de 2020, expedida por el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Salud y Protección Social, se formularon recomendaciones para evitar la propagación de dicho virus en los establecimientos educativos, incluyendo recomendaciones en materia de higiene y desinfección en dichos establecimientos y de aislamiento en casos de síntomas de gripe y tos.

Mediante Circular 19 del 14 de marzo de 2020, el Ministerio de Educación Nacional empezó a promover la preparación de estrategias pedagógicas flexibles con base en el uso de las herramientas de las tecnologías de la información y las comunicaciones con el fin de prestar el servicio educativo durante el término de duración de la emergencia sanitaria.

Mediante Circular 20 del 16 de marzo de 2020, el Ministerio estableció un ajuste al calendario académico con el fin de tener un periodo de receso estudiantil entre el 16 de marzo y el 19 de abril de 2020, y continuar a partir del 19 de abril de con estudio en casa.

Con base en lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional ha expedido diversas directivas con el fin de establecer directrices en relación con el manejo de la emergencia sanitaria en el sector educativo, incluyendo el estudio en casa. Así, respecto de los establecimientos educativos privados, se expidieron las Directivas 03 del 20 de marzo, 10 del 7 de abril y 12 del 2 de junio. Y frente a los establecimientos educativos públicos, se expidieron las Directivas 05 del 25 de marzo, 09 del 7 de abril y 11 del 9 de mayo. Y, recientemente, se expidió la Directiva 16 del 9 de octubre, mediante el cual se instruye respecto de la adopción de un plan de alternancia educativa por parte de las entidades territoriales certificadas con el fin de implementar el proceso de transición gradual, progresivo y seguro hacia la prestación del servicio educativo bajo el esquema de alternancia, el cual implica estrategias pedagógicas flexibles que combinen el trabajo académico en casa con el retorno gradual a la modalidad presencial.

4.2. Protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes en el marco del trabajo académico en casa

La Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal. El artículo 15 señala lo siguiente:

“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. (...)”

Por su parte, el Código de Infancia y Adolescencia establece lo siguiente en el artículo 33:

“Artículo 33. Derecho a la intimidad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia. Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad.”

Por lo tanto, los datos personales de los menores de edad, como expresión de su intimidad personal, deben protegerse contra toda injerencia arbitraria o ilegal.

En relación con los datos personales, la Ley 1581 de 2012 establece la siguiente definición en el artículo 3:

“c) Dato personal: Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables”

Así mismo, la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad competente para vigilar la protección de datos personales, expone los siguientes ejemplos en su página web (<https://www.sic.gov.co/preguntas-frecuentes-rnbd>, consultada el 23 de octubre de 2020):

“(…) ¿Qué es un dato personal?”

Es cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables. Por su naturaleza los datos pueden ser públicos, semiprivados, privados o sensibles.

Ejemplos de datos personales pueden ser:

DATOS DE IDENTIFICACIÓN: Nombre, apellido, tipo de identificación, número de identificación, fecha y lugar de expedición, nombre, estado civil, sexo, firma, nacionalidad, datos de familia, firma electrónica, otros documentos de identificación, lugar y fecha de nacimiento o muerte, edad, huella, ADN, iris, Geometría facial o corporal, fotografías, videos, fórmula dactiloscópica, voz, etc. (…)

En ese sentido, datos de los menores de edad como fotografías, videos y la voz constituyen datos personales, sujetos a lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012 respecto de su protección.

Por regla general, el tratamiento de datos personales sólo requiere la autorización de su titular. Al respecto, el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012 establece lo siguiente:

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

No obstante, respecto de los menores de edad, el artículo 7o de la Ley 1581 de 2012 establece lo siguiente:

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

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

Para interpretar este artículo, debe tenerse en cuenta lo mencionado al respecto por la Corte Constitucional en la sentencia C-748 de 2011:

“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, niñas y adolescentes y se asegure sin excepción alguna el respeto de sus derechos prevalentes.

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

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

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

En ese sentido, el artículo 2.2.2.25.2.9 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, señala lo siguiente:

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

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

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."

Por lo tanto, el tratamiento de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes está prohibido por regla general. Solamente se permitirá cuando responda inequívocamente a la realización del principio de su interés superior, lo cual deberá analizarse en cada caso. Y en todo caso, estará supeditado a la autorización del representante legal del menor de edad, salvo que la ley permita el tratamiento sin dicha autorización.

Ahora bien, en el marco del trabajo académico en casa, debe analizarse si se está haciendo un "tratamiento" de datos personales, puesto que no cualquier interacción a través de redes sociales o medios electrónicos podría estar inmersa en la definición de tratamiento. Al respecto, el artículo 3 de la Ley 181(SIC) de 2012 señala la siguiente definición:

"g) Tratamiento: Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión."

Igualmente, la Superintendencia de Industria y Comercio menciona la siguiente definición en su página web (<https://www.sic.gov.co/preguntas-frecuentes-rnbd>, consultada el 23 de octubre de 2020):

"7.7. ¿Qué es tratamiento de datos personales?

Es cualquier actividad que se realice con la información personal, por ejemplo: recolectarlos, almacenarlos, consultarlos, actualizarlos, compartirlos con terceros, y/o eliminarlos. Todo esto de acuerdo a los fines que decida la empresa."

Por consiguiente, si en la interacción con los estudiantes se realiza alguna de las actividades descritas, se estará adelantando un tratamiento de datos personales sujeto a los requisitos señalados en el artículo 2.2.2.25.2.9 del Decreto 1074 de 2015.

Finalmente, en caso de que se requiera la autorización, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 2.2.2.25.2.2 y 2.2.2.25.2.5 del Decreto 1074 de 2015:

“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.

(...)

En caso de haber cambios sustanciales en el contenido de las políticas del Tratamiento a que se refiere a la sección 3 de este capítulo, referidos a la identificación del Responsable y a la finalidad del Tratamiento de los datos personales, los cuales puedan afectar el contenido de la autorización, el Responsable del Tratamiento debe comunicar estos cambios al Titular antes de o a más tardar al momento de implementar las nuevas políticas. Además, deberá obtener del Titular una nueva autorización cuando el cambio se refiera a la finalidad del Tratamiento.

(...)

Artículo 2.2.2.25.2.5. Prueba de la autorización. Los Responsables deberán conservar prueba de la autorización otorgada por los Titulares de datos personales para el Tratamiento de los mismos.”

De esta manera, la solicitud de autorización de los representantes legales debe acompañarse con la información clara sobre cuáles serán los datos recolectados y cuál será la finalidad específica del tratamiento de los datos, la cual, se reitera, sólo podrá responder inequívocamente a la realización del principio del interés superior del menor de edad. Y los responsables del tratamiento deberán conservar prueba de la autorización otorgada, por lo cual no sería admisible una autorización tácita del representante legal del menor de edad al permitirle interactuar a través de redes sociales o medios electrónicos.

5. Respuesta

¿Es necesario obtener autorización de los padres de familia para interactuar con los estudiantes a través de redes sociales o medios electrónicos con ocasión de la estrategia de estudio en casa?

En el marco de la emergencia sanitaria y la emergencia económica, social y ecológica declaradas con ocasión de la pandemia generada por el coronavirus COVID19, el Ministerio de Educación Nacional ha expedido una serie de lineamientos para adelantar, temporalmente, actividades escolares no presenciales, con el fin de proteger la vida de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, y sus familias; y para retornar gradualmente a las clases presenciales mediante el modelo de alternancia, el cual implica estrategias pedagógicas flexibles que combinen el trabajo académico en casa con el retorno gradual a la modalidad presencial.

Ahora bien, en el marco del trabajo académico en casa, debe analizarse si se está haciendo un tratamiento de datos personales de los menores de edad, puesto que dicho tratamiento está prohibido por regla general y solamente se permite cuando responda inequívocamente a la realización del principio de su interés superior, lo cual deberá analizarse en cada caso, y siempre y cuando se obtenga la autorización del representante legal del menor de edad, salvo que la ley permita el tratamiento sin dicha autorización.

Para dicho análisis, se debe tener en cuenta que los datos personales son definidos como cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas, lo cual incluye fotografías, videos y la voz. Y el tratamiento es definido como cualquier actividad que se realice con la información personal, como, por ejemplo, recolectarla, almacenarla, consultarla, actualizarla, compartirla con terceros, o eliminarla. Por consiguiente, si en la interacción con los estudiantes se realiza alguna de las actividades descritas, se estará adelantando un tratamiento de datos personales sujeto a los requisitos señalados en el artículo 2.2.2.25.2.9 del Decreto 1074 de 2015.

Cordialmente,

LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

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